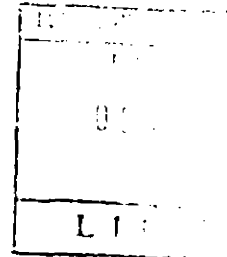




ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO
Dipartimento di Scienze Giuridiche



Embedding liberalism.
Diritti sociali e mercato nell'integrazione comunitaria

Stefano Giubboni

*Tesi presentata ai fini del conseguimento del dottorato di ricerca
dell'Istituto Universitario*

aprile 2002

B/C → D



ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

Dipartimento di Scienze Giuridiche



Embedding liberalism.
Diritti sociali e mercato nell'integrazione comunitaria

Stefano Giubboni

*Tesi presentata ai fini del conseguimento del dottorato di ricerca
dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze alla Commissione
giudicatrice composta dai Professori:*

Silvana SCIARRA (supervisor), IUE e Università di Firenze

Colin CROUCH, IUE

Riccardo DEL PUNTA, Università di Firenze

Maximilian FUCHS, Universität Eichstätt, Ingolstadt

1000
1000

"Il nuovo sorge ad ogni istante ed ha quindi in sé passato e futuro".
Benedetto Croce, *La filosofia di Giambattista Vico*, Bari, V ed., 1967, p. 142

INDICE SOMMARIO

PREMESSA – p. 3

PARTE PRIMA – Politiche sociali e leggi dell'economia: l'integrazione sociale europea rivisitata – p. 9

- I.1. Un'indispensabile premessa storico-ricostruttiva: p. 12
- I.2. L'oggetto e il piano dell'indagine: le metamorfosi della costituzione economica europea e i loro riflessi sulle politiche e i diritti sociali nazionali: p. 21
- I.3. "*Embedded liberalism*": il compromesso originario nel Trattato CECA: p. 36
- I.4. Segue: nel Rapporto Ohlin: p. 48
- I.5. Segue: nel Rapporto Spaak: p. 53
- I.6. Segue: e nel Trattato di Roma: p. 57
- I.7. La crisi e il "sovertimento" del modello delle origini: p. 64
- I.8. L'infiltrazione del diritto comunitario della concorrenza e del mercato nei sistemi nazionali di "*droit social*": cenni e rinvio: p. 69
- I.9. Cessione della sovranità monetaria e imbrigliamento della sovranità macroeconomica nella costituzione della UEM: p. 74
- I.10. La competizione regolativa tra i sistemi nazionali all'interno della UEM: p. 82
- I.11. L'indebolimento del principio di territorialità dei sistemi nazionali di protezione sociale: p. 91
- I.12. "*Re-embedding liberalism*": la difficile ricerca di un nuovo equilibrio costituzionale tra integrazione negativa e integrazione positiva dei *Welfare State* nazionali: p. 102
- I.13. Mercato e diritti sociali nello spazio costituzionale europeo *in fieri*: a) l'evoluzione sino al Trattato di Amsterdam: p. 105
- I.14. Segue: b) le prospettive aperte dalla Carta di Nizza: p. 113
- I.15. La politica sociale comunitaria dopo Amsterdam: p. 120
- I.16. La nuova strategia del coordinamento sovranazionale delle politiche sociali e del lavoro degli Stati membri: p. 126
- I.17. Considerazioni conclusive: p. 132

PARTE SECONDA – L'infiltrazione del diritto comune della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali e i suoi antidoti – p. 139

- II.1. Premessa: struttura e contenuti della narrazione: p. 142
- II.2. Diritto comunitario della concorrenza e del mercato e diritti del lavoro nazionali nel modello originario: p. 145
- II.3. La crisi del modello originario: p. 156

- II.4. Segue: a), in particolare, nella vicenda interpretativa dell'art. 30 (ora 28) del Trattato di Roma: p. 158
- II.5. Segue: b) ed in quella degli artt. 85, 86, e 90 (ora 81, 82 e 86) del Trattato di Roma: p. 177
- II.6. Due vicende paradigmatiche: monopoli pubblici del collocamento e monopoli previdenziali nazionali di fronte al diritto comunitario della concorrenza: p. 194
- II.7. Il caso "*Höfner e Macrotron*": p. 195
- II.8. Il caso "*Job Centre*": p. 202
- II.9. Il caso "*Poucet e Pistre*": 208
- II.10. Il caso "*Fédération Française des Sociétés d'Assurance*": p. 213
- II.11. Il caso "*Albany International BV*": p. 220
- II.12. Il caso "*Pavlov*": p. 236
- II.13. Il caso "*van der Woude*": p. 242
- II.14. Il caso "*INAIL*": p. 245
- II.15. Una valutazione di sintesi: p. 252
- II.16. Gli antidoti all'infiltrazione del diritto della concorrenza: a) libertà economiche e diritti sociali dopo la Carta di Nizza: p. 262
- II.17. Segue: b) i dialoghi costituzionali sui valori fondanti della *polity* comunitaria: p. 272
- II.18. Segue: c) integrazione negativa e competenze sociali degli Stati membri: p. 283
- II.19. Considerazioni conclusive: p. 289

CONCLUSIONI – p. 293

1. Un confronto analitico fra modelli idealtipici di costituzione economica comunitaria: p. 295
2. Il modello neo-liberale del "federalismo competitivo": p. 297
3. Il modello neo-socialdemocratico del "federalismo solidale": p. 302
4. Il modello misto del "federalismo cooperativo": p. 306
5. Osservazioni finali: p. 311

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI – p. 317

INDICE DELLE OPERE CITATE – p. 321

PREMESSA

Quello che si introduce è uno studio sui complessi e mutevoli rapporti intercorsi – nello sviluppo magmatico dell'integrazione europea – tra costruzione del mercato comune e diritti e politiche sociali. Al fondo, esso si interroga su quali siano stati, siano e dovrebbero essere lo spazio ed il ruolo assegnati, nella costruzione comunitaria, ai diritti e alle politiche sociali, a livello nazionale e sovranazionale.

Il *focus* dell'analisi è concentrato sulla dimensione costituzionale di tali rapporti. Questa viene ricostruita tanto (e soprattutto) nella prospettiva dinamica offerta dall'analisi delle trasformazioni che hanno effettivamente ripasmato la costituzione economica comunitaria, dalle origini ad oggi, quanto in quella statica risultante del confronto tra i suoi diversi modelli ideali – o meglio idealtipici – che, senza ovviamente pretendere di spiegarle nella loro concretezza storica, meglio consentono, tuttavia, di categorizzare tali trasformazioni da un punto di vista normativo.

La tesi sviluppa una prospettiva d'indagine che potrebbe dirsi intrinsecamente interdisciplinare.

Il diritto del lavoro – probabilmente più di altre discipline giuridiche – ha invero sempre trovato nel metodo interdisciplinare e comparativo uno dei tratti che meglio connotano e precisano la sua identità e il suo statuto cognitivo, così immersi nella concretezza delle dinamiche sociali più profonde.

Esso ha sempre, non solo consentito, ma senz'altro richiesto e direi imposto una fondamentale libertà di metodo e di indagine. La pluralità delle fonti e l'eterogeneità dei piani e delle dimensioni che ne definiscono l'identità più profonda, ne hanno sempre fatto un terreno ideale di circolazione e di sperimentazione di approcci e metodi nuovi di analisi e di regolazione: un modello sempre aperto, come è stato detto, "per inventare progetti".

La dimensione comunitaria aggiunge un ulteriore elemento di complessità al quadro da sempre composito, articolato e straordinariamente dinamico del diritto del lavoro, e richiede più che mai l'approfondimento della originaria vocazione interdisciplinare della materia.

La tesi si situa nel solco di tale tradizione metodologica, nella consapevolezza che la comprensione delle profonde trasformazioni cui l'integrazione comunitaria ha dato e dà luogo sul terreno del diritto del lavoro e della sicurezza sociale esige il confronto continuo con altre discipline, giuridiche e non.

La storiografia e la teoria politica dell'integrazione europea costituiscono il naturale retroterra di qualunque indagine di diritto comunitario "*in context*". Esse hanno contribuito in maniera determinante a definire le chiavi interpretative di quelle

trasformazioni della costituzione economica comunitaria, nella cui prospettiva è qui analizzato, e "contestualizzato", il diritto sociale europeo. Nella stessa ottica, si è rivelato altrettanto necessario il confronto con le dottrine costituzionali dell'integrazione europea, come anche quello con le discipline – giuridiche ed economiche – che hanno più specificamente ad oggetto le forme e i contenuti della costruzione del mercato unificato.

Seppure in forme nuove, il linguaggio del diritto del lavoro sembra aver riacquisito nel dibattito scientifico e politico europeo una centralità che pareva essere irrimediabilmente perduta.

Esso viene rideclinato in contesti diversi, per essere variamente coniugato con le esigenze, le opportunità e i vincoli derivanti dall'integrazione economica.

Ciò avviene, oggi, in special modo nell'ambito della procedura di coordinamento aperto delle politiche del lavoro e sociali nazionali e, ancora, nell'ambito del faticoso processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali comunitari. Si tratta in entrambi i casi di processi aperti e fluidi, ugualmente caratterizzati, allo stato, dalla predominanza della *soft law* comunitaria, e tuttavia capaci di riattivare meccanismi virtuosi, convergenti verso il necessario riequilibrio tra integrazione negativa e integrazione positiva.

Essi prefigurano, infatti, un mercato concorrenziale saldamente poggiato su uno spazio costituzionale comune in cui le libertà economiche e i diritti sociali, i valori dell'efficienza e della solidarietà, possono ritrovare un punto di più equilibrato bilanciamento all'interno della costruzione comunitaria.

Attraverso il recupero della necessaria autonomia dei principi fondamentali del diritto del lavoro rispetto ai dettami della mera integrazione negativa, si riafferma l'identità stessa del modello sociale europeo. E si riafferma l'idea – su cui a ben vedere era già impiantato il compromesso dell'*embedded liberalism* divisato dai padri fondatori – per cui forti diritti sociali, oltre che espressione di quelle insopprimibili istanze di giustizia e di solidarietà incarnate dalle diverse tradizioni del *Welfare State* europeo, costituiscono anche una delle più importanti precondizioni istituzionali della competitività nel lungo periodo delle economie europee.

Si tratta ad ogni modo di processi ancora deboli e marcati da un'accentuata dose di "sperimentalismo". Affinché l'eredità riformista del diritto del lavoro europeo possa essere salvaguardata e arricchita, è necessario che essi trovino un più solido ancoraggio nella compiuta costituzionalizzazione di un catalogo aperto di diritti sociali fondamentali a livello comunitario e nella

delineazione di efficaci politiche di sostegno per la loro effettiva traduzione.

La prima parte della tesi si propone di ripercorrere l'evoluzione del rapporto tra costruzione del mercato e diritti sociali nei suoi termini generali, cercando di svolgere il filo che lega le trasformazioni della costituzione economica comunitaria dalla origini ad oggi. Il filo conduttore verrà ricercato nell'esigenza di riaffermare – sia pure in forme nuove e adeguate alle straordinarie trasformazioni della nostra epoca – quella centralità dei valori del diritto del lavoro e degli istituti del *Welfare*, come patrimonio comune delle democrazie europee, che fu già alla base della costruzione comunitaria.

La seconda parte concentrerà l'attenzione su quello che potrebbe considerarsi il campo d'elezione della ricostruzione delle possibili tensioni tra edificazione del mercato integrato e diritti sociali nazionali. Essa affronterà il tema della "infiltrazione" del diritto comunitario della concorrenza nei diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali, facendo propria la prospettiva della ricomposizione e del necessario ri-bilanciamento tra valori potenzialmente in conflitto ma ugualmente necessari e fondamentali nel processo di integrazione europea.

Le conclusioni tenteranno di riconcettualizzare gli stessi temi, mettendo stavolta a confronto i diversi possibili modelli di costituzione economica comunitaria astrattamente in rilievo. I diversi rapporti tra mercato e diritti sociali contemplati, rispettivamente, dai modelli costituzionali idealtipici del "federalismo competitivo", "solidale" e "cooperativo" fondano, infatti, problemi di legittimità del diritto comunitario inevitabilmente differenti. È su di essi che le conclusioni appunteranno, in prevalenza, la loro attenzione.

Qualunque percorso di ricerca racchiude in sé un'intima dimensione collettiva e intersoggettiva. In questo, più che mai, l'esperienza personale si è costruita grazie al confronto e allo scambio continuo all'interno di quella piccola e affiatata comunità di giuslavoristi europei cresciuta insieme in questi anni nel Dipartimento di scienze giuridiche dell'Istituto. Mi è difficile immaginare l'esistenza di un ambiente più propizio per la circolazione e lo scambio delle idee di quello di custodito dall'armonia rinascimentale di Villa Schifanoia.

I "mercoledì della Triaria" – che lo spirito di libertà e intimità intellettuale che li animava ha reso ben presto qualcosa di molto speciale e di diverso dal semplice incontro seminariale – si sono

per me rivelati col tempo una fonte insostituibile di ispirazione e di idee.

Voglio in particolare ringraziare Diamond, Eeva, Emma, Giovanni, Sabrina, Samuel e Steven per l'amicizia e la generosità con la quale hanno, in tante occasioni, condiviso con me le ipotesi e i risultati dei loro personali e originali percorsi di ricerca. Con alcuni di loro è nata un'amicizia che va ben al di là della condivisione di un'esperienza intellettuale, per quanto intensa e sentita.

Silvana Sciarra ha esercitato su di me con pazienza e affetto la sua *ars maieutica*, offrendomi l'esempio continuo della sua curiosità e del suo rigore intellettuale. Questo studio, così diverso da quello che avevo immaginato quando approdai all'Istituto, è – in fin dei conti – un tentativo di rispondere, almeno in parte, ai suoi stimoli.

Se non avessi potuto contare, sempre, e soprattutto nei non pochi momenti difficili, sul conforto e l'incoraggiamento appassionato di Francesca, questo lavoro non esisterebbe. Non solo per questo, lo dedico a lei e al nostro piccolo Leo.

PARTE PRIMA

POLITICHE SOCIALI E LEGGI DELL'ECONOMIA. L'INTEGRAZIONE SOCIALE EUROPEA RIVISITATA

"Je ne propose rien, je ne suppose rien: j'expose."
Werner Sombart, in *esergo a Socialismo e movimento sociale*
nel secolo XIX, (trad. it.) Milano, 1999

Sommario: 1. *Un'indispensabile premessa storico-ricostruttiva.* – 2. *L'oggetto e il piano dell'indagine: le metamorfosi della costituzione economica europea e i loro riflessi sulle politiche e i diritti sociali nazionali.* – 3. *"Embedded liberalism": il compromesso originario nel Trattato CECA.* – 4. *Segue: nel Rapporto Ohlin.* – 5. *Segue: nel Rapporto Spaak.* – 6. *Segue: e nel Trattato di Roma.* – 7. *La crisi e il "sovvertimento" del modello delle origini.* – 8. *L'infiltrazione del diritto comunitario della concorrenza e del mercato nei sistemi nazionali di "droit social". Cenni e rinvio.* – 9. *Cessione della sovranità monetaria e imbrigliamento della sovranità macroeconomica nella costituzione della UEM.* – 10. *La competizione regolativa tra i sistemi nazionali all'interno della UEM.* – 11. *L'indebolimento del principio di territorialità dei sistemi nazionali di protezione sociale.* – 12. *"Re-embedding liberalism": la difficile ricerca di un nuovo equilibrio costituzionale tra integrazione negativa e integrazione positiva dei Welfare State nazionali.* – 13. *Mercato e diritti sociali nello spazio costituzionale europeo in fieri: a) l'evoluzione sino al Trattato di Amsterdam.* – 14. *Segue: b) le prospettive aperte dalla Carta di Nizza.* – 15. *La politica sociale comunitaria dopo Amsterdam.* – 16. *La nuova strategia del coordinamento sovranazionale delle politiche sociali e del lavoro degli Stati membri.* – 17. *Considerazioni conclusive.*

1.- Due fondamentali processi, tra loro simultanei e simbiotici, segnano la storia dell'Europa occidentale a partire dall'immediato secondo dopoguerra e con particolare intensità negli anni della formazione delle Comunità europee: da un lato, quello che è stato chiamato, senza enfasi, il "salvamento"¹, l'autentica rinascita, su basi democratiche, dello Stato nazionale come Stato sociale; e dall'altro, la (partecipazione alla) ricostruzione, a definitivo superamento delle chiusure nazionalistiche che avevano funestato il periodo tra le due guerre, dell'ordine economico internazionale². I due processi si saldano o, meglio, trovano il loro momento di sintesi nella costituzione, prima, della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e, più tardi, della Comunità economica europea (CEE)³.

Si tratta di due "movimenti" solo all'apparenza tra loro contrastanti e contraddittori; almeno in quella fase straordinaria, e probabilmente unica e irripetibile, della storia economica europea che coincide con i *Trente Glorieuses*, essi si sviluppano, infatti, l'uno a complemento dell'altro, si sostengono e si rafforzano l'un l'altro.

"Al termine del periodo di ricostruzione delle economie nazionali devastate dalla guerra – è stato efficacemente scritto⁴ – la redistribuzione del reddito e la discrezionalità della gestione macroeconomica emersero come le priorità politiche principali di quasi tutti i governi europei occidentali. Il mercato venne relegato ad un ruolo ancillare di procacciamento delle risorse necessarie a questa *largesse* pubblica, e qualunque prova di fallimento del mercato venne reputata sufficiente a giustificare l'intervento dello Stato, spesso nella forma intrusiva della allocazione centralizzata del capitale e della nazionalizzazione di settori chiave dell'economia"⁵.

Gli Stati europei si lanciarono in un'impresa senza precedenti, per dimensioni e impegno amministrativo, di sistematico intervento nella vita economica e sociale, per la prima volta "con lo scopo

¹ A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, London, 2000 (seconda edizione rivista ed ampliata con l'assistenza di G. Brennan e F. Romero).

² J. G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *IO*, 1982, vol. 36, n. 2, p. 379.

³ Cfr. A. S. MILWARD, V. SØRENSEN, *Interdependence or Integration? A National Choice*, in A. S. MILWARD et al., *The Frontier of National Sovereignty: History and Theory 1945-1992*, London, 1993, pp. 1 ss.

⁴ G. MAJONE et al., *Regulating Europe*, London-New York, 1996, p. 1. Qui come altrove, se non altrimenti specificato, la traduzione in italiano è mia.

⁵ Basti consultare R. VERNON (a cura di), *L'intervento pubblico nell'industria: un'analisi comparata*, (trad. it.) Bologna, 1976.

dichiarato di disegnare e controllare i loro destini nazionali"⁶. Impresa che non tollera paragoni con le embrionali e piuttosto disordinate e approssimative forme di interventismo pubblico pre-keynesiano, fiorite anche in Europa prima della guerra⁷. E che infatti, rispetto a queste ultime, si differenzia, e si qualifica, oltre che per il nuovo fondamento politico-ideologico, per l'utilizzo dei più raffinati strumenti d'intervento messi nel frattempo a disposizione dalla "sintesi empirico-keynesiana"⁸ e per quella più decisa vocazione alla "ingegneria sociale", alla "tecnologia gestionale", che costituisce una delle cifre più autentiche del periodo⁹. Al di là delle pur cospicue differenze nazionali nella concreta declinazione "tecnica" delle sue prescrizioni di politica economica, può dirsi che il keynesismo – ponendo la nazione al centro della propria mappa intellettuale – offrì una formidabile base di giustificazione teorica alle classi politiche del tempo per un'intensa attività di intervento in ogni sfera della vita economica e sociale. Creò – come è stato detto – "un mondo mentale nel quale la macchina politica nazionale poteva e doveva essere usata al fine di elevare il benessere generale, aiutando così le élites politiche del dopoguerra a trovare la giustificazione ideale che serviva loro"¹⁰. Le politiche sociali e di *Welfare* assunsero ovunque nell'Europa occidentale – così nei paesi vincitori, come in quelli usciti sconfitti dal secondo conflitto mondiale – a pilastro della rifondazione dello Stato nazionale quale "fondamentale unità dell'organizzazione politica"¹¹, in quanto fattore decisivo della (ri)legittimazione democratica di questo¹².

⁶ A. S. MILWARD, V. SØRENSEN, *Interdependence*, cit., p. 4.

⁷ Vedine la ricostruzione proposta da J.-P. THOMAS, *Le politiche economiche nel Novecento*, (trad. it.) Bologna, 1994, pp. 39 ss.

⁸ *Ibidem*, p. 87. Come per ogni altra "generalizzazione" qui proposta al fine di abbozzare il contesto comune e generale dell'Europa occidentale postbellica, anche per questa deve valere l'importante *caveat* relativo alle sensibili differenze esistenti tra le diverse esperienze nazionali. Politiche di impostazione in senso proprio e stretto keynesiano rimangono, ad esempio, abbastanza estranee alla prassi e alla cultura politica della Repubblica federale tedesca durante tutti gli anni Cinquanta, per trovare un più fertile terreno di sviluppo solo dopo la metà degli anni Sessanta, in un contesto che resta, comunque, sensibilmente diverso da quello di altri paesi europei, per la fortissima incidenza in quel sistema esercitata dai principi (costituzionali) della stabilità monetaria. Vedi A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., specialmente pp. 36 e 42.

⁹ C. S. MAIER, *I fondamenti politici del dopoguerra*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, a cura di P. Anderson, M. Aymard, P. Bairoch, W. Barberis, C. Ginzburg, Torino, 1993, specialmente pp. 320 e 333.

¹⁰ A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 42-43.

¹¹ A. S. MILWARD, *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, cit., p. 163.

¹² Così, quasi testualmente, M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *RGL*, 1998, I, p. 311, ed ora anche in ID., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura e con saggio

Lo Stato non si limitò, come già dopo la prima guerra mondiale, “al soccorso delle situazioni di emergenza sociale e di stretta economica” e, di più, “alla tutela dei bisogni vitali elementari della popolazione”, ma giunse ad assumere su di sé “l’onere della responsabilità complessiva della sussistenza e dello sviluppo della società sotto il profilo culturale, economico e sociale”¹³.

La promessa di politiche keynesiane di piena occupazione e di sicure garanzie sociali, “dalla culla alla bara”, come suonava il celebre *slogan* presto diffusosi come motto dell’epoca sulla scorta dello straordinario successo internazionale del Rapporto di Lord Beveridge¹⁴, costituì senza eccezioni, benché in forme e con accenti diversi da paese a paese, un elemento centrale dei patti costituzionali stipulati all’indomani della fine della guerra: autentici “atti di pacificazione politica, sottoscritti dalle classi dirigenti sotto la oscura minaccia di guerra civile interna, in un mondo diviso in blocchi ideologici e di potenza”¹⁵, ed allo stesso tempo genuina espressione di un’idea affatto nuova di solidarietà e coesione sociale¹⁶.

Le costituzioni europee occidentali del secondo dopoguerra – e, tra queste, con particolare forza quelle dei maggiori paesi fondatori della CEE – accolgono tutte, sia pure in forme diverse, il modello dello Stato sociale.

Questo trova, rispetto al passato, e in particolare alla breve esperienza weimariana, usualmente ricordata per le gli elementi di parziale anticipazione dei futuri sviluppi in essa contenuti, il suo determinante elemento di caratterizzazione proprio nella “costituzionalizzazione della funzione di protezione sociale, che si esplicita nella forma dei diritti sociali”, i quali, in connessione con la garanzia dei diritti fondamentali di libertà, vengono a integrare “il criterio di legittimazione materiale dello Stato di diritto”¹⁷.

Al di là della difformità delle tecniche di costituzionalizzazione all’uopo impiegate – che sono basate, in taluni casi, sull’inserimento, nella legge fondamentale, di un catalogo, più o meno esteso e dettagliato, di diritti sociali (anche a prestazione

introduttivo di G. Ghezzi e prefazione di S. Cofferati, Roma, 2000, p. 273, da cui cito.

¹³ D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 129 ss., qui p. 143.

¹⁴ *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge*, London, 1942. Ma vedi pure l’altro (e non meno famoso) rapporto dello stesso BEVERIDGE: *Full Employment in a Free Society*, London, 1944, che del primo costituì, in certo senso, il seguito naturale ed il completamento.

¹⁵ M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 273.

¹⁶ Cfr. pure C. S. MAIER, *I fondamenti*, cit., pp. 313 ss.

¹⁷ L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, n. 1, pp. 1 ss., qui p. 3; negli stessi termini, da ultimo, G. MAESTRO BUELGA, *Constitución económica y derechos sociales en la Unión europea*, in *RDCE*, 2000, p. 123.

positiva), e in altri, invece, sulla previsione di una "clausola generale di Stato sociale", che si affianca al riconoscimento dei (soli) diritti (sociali) immediatamente azionabili¹⁸ –, i nuovi principi costituzionali assolvono, comunque, alla prioritaria funzione di garanzia normativa del processo di integrazione politica e sociale realizzato dallo Stato "pluriclasse"¹⁹.

In questa prospettiva, non pare azzardato sostenere che, come l'introduzione, sul finire dell'Ottocento, delle prime forme di assicurazione sociale obbligatoria contribuì in maniera diretta e visibile – almeno in talune esperienze (e senza dubbio in quella tedesca) – al processo di formazione o comunque di stabilizzazione dello Stato nazionale²⁰, così il radicamento costituzionale, e in ogni

¹⁸ Vedi ancora L. MENGONI, *I diritti sociali*, cit., p. 3 ss., nonché, più diffusamente, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, Roma, 1989, ad vocem (ora anche in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 123); M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *DD*, 1995, p. 545; L. M. DIEZ-PICAZO, M. C. PONTHEAU, *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, *EUI Working Paper Law*, 91/20. I due modelli di costituzionalizzazione dello Stato sociale in discorso trovano la loro forma più prossima all'"idealtipo" rispettivamente nel sistema italiano, contenente un catalogo eccezionalmente ricco e dettagliato di diritti sociali fondamentali (anche a prestazione positiva o di ripartizione), assistiti da significative garanzie di attuazione, ed in quello tedesco, nel quale il riconoscimento del principio dello Stato sociale da parte del *Grundgesetz* si risolve – secondo la classica lettura di E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, (trad. it.) Milano, 1973, qui p. 70 – nella determinazione dello "scopo dello Stato in modo vincolante per l'interprete legislativo", senza, però, l'immediato conferimento di "diritti pubblici soggettivi". La distinzione – che denota una differenza strutturale innegabile tra i sistemi in parola e che è, per questo, giustamente sottolineata dalla letteratura comparata – non va, tuttavia, enfatizzata. Essa viene, infatti, anzitutto relativizzata nella concreta opera di specificazione dei principi costituzionali da parte del giudice delle leggi, operante, secondo modalità funzionali simili, sia nel sistema italiano che in quello tedesco. E così, anche nell'ordinamento costituzionale tedesco, "pur restando interamente rimessa alla legge ordinaria l'individuazione delle prestazioni sociali, senza predeterminazione di oggetto e di contenuto né di modalità e di misura, la discrezionalità legislativa non è illimitata" (L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 4), ma trova un limite – che si è rivelato piuttosto penetrante nell'elaborazione del Tribunale costituzionale federale – nella "riserva del ragionevole e del possibile", cui è soggetta l'interpretazione della clausola dello Stato sociale ex art. 20 del *Grundgesetz* (vedi pure P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, traduzione italiana a cura e con un saggio introduttivo di P. Ridola, Roma, 1993, pp. 49 ss., nonché E. EICHENHOFER, *Costituzione e diritto sociale*, in *DP*, 1997, pp. 459 ss.). Va, poi, precisato che la distinzione vale soprattutto (e forse solo) per i diritti sociali di ripartizione; per quelli strutturalmente assimilabili ai diritti di libertà – si pensi al principio di libertà dell'autonomia collettiva alla stregua dell'art. 9.3 del *Grundgesetz* – le differenze tra i due sistemi tendono ad attenuarsi, se non a scomparire.

¹⁹ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

²⁰ È qui doveroso il rinvio a S. ROKKAN, *Dimensions of State Formation and Nation-Building: A Possible Paradigm for Research on Variations Within Europe*,

caso il positivo perseguimento dell'obiettivo dell'allargamento e della progressiva generalizzazione dei benefici sociali del *Welfare*, ebbero un ruolo cruciale ai fini della rilegittimazione – su nuove basi democratiche – degli Stati europei usciti gravemente indeboliti dal secondo conflitto mondiale²¹. Così – ed è questo il principale tratto di discontinuità rispetto alle esperienze europee della prima metà del Novecento – “nella figura della democrazia di massa rappresentata dallo Stato sociale, la forma economica altamente produttiva del capitalismo viene per la prima volta imbrigliata socialmente [*sozial gebändigt*] e più o meno felicemente armonizzata con l'autocomprensione normativa degli stati democratici costituzionali”²².

Il vincolo sociale in tal modo posto dai costituenti europei del secondo dopoguerra definisce una costituzione economica basata sul primato della politica²³. È, questo, un aspetto di fondamentale importanza del costituzionalismo europeo postbellico, sul quale è bene richiamare la massima attenzione. Si può dire, infatti, che è soltanto con la previsione di un così penetrante vincolo sociale che si compie il progetto che caratterizza il costituzionalismo del Novecento come “*secolo delle costituzioni politiche*”²⁴.

La costituzionalizzazione – più o meno forte o esplicita – del principio dello Stato sociale concorreva infatti in maniera determinante a fare della costituzione – nella forma e nella misura più piena – il criterio di legittimazione e lo “strumento instaurativo” del potere dello Stato democratico che rinasceva dalle macerie della guerra; ed è soprattutto in quest'ambito, nella precisa indicazione della prioritaria direzione del mutamento della società, che le costituzioni europee del secondo dopoguerra mostravano tutta la loro “*origine politica*” e la loro vocazione a “*produrre politica*”²⁵. Le costituzioni del secondo dopoguerra realizzano così le premesse (e le promesse) contenute *in nuce* nella tragica esperienza weimariana: “il potere economico, da soggetto attivo della trasformazione costituzionale rivoluzionaria diventa oggetto delle regole e dei limiti del governo dello Stato sociale [...] che

in C. TILLY (a cura di), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton, 1975, pp. 562 ss.

²¹ Vedi A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 31-33, nonché M. FERRERA, *Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-nazione*, in *RISP*, 2000, pp. 393 ss.

²² J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1999, p. 17.

²³ G. MAESTRO BUELGA, *Constitución*, cit., p. 127.

²⁴ M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea*, Bologna, pp. 49 ss., qui p. 56 (il corsivo è nell'originale).

²⁵ *Ibidem* (i corsivi figurano sempre nell'originale).

impone ormai l'*Ergreifung*, la cattura costituzionale dell'economico. La nuova concezione dei rapporti fra potere economico e potere politico diviene dunque il tratto caratterizzante delle costituzioni democratiche²⁶.

Per oltre trent'anni i sistemi nazionali di *Welfare State* hanno – su queste basi – conosciuto, praticamente senza soste, uno sviluppo impetuoso, sospinto da una crescita economica ininterrotta e senza precedenti, per proporzioni, nella storia del Continente²⁷. Uno sviluppo per certi versi largamente convergente nei suoi risultati finali di garanzia dei livelli ineguagliati di coesione e d'eguaglianza sociale propri – ancor oggi – delle società d'Europa²⁸, quali scolpiti dalla metafora unificante del “modello sociale europeo”. Modello che esibisce indubitabili tratti di unitarietà di fondo, che appunto ne giustificano la rappresentazione al singolare, anche se poi si differenzia, si scompone, e per certi versi si frastaglia altrettanto profondamente al suo interno, lungo *cleavages* storiche, politiche e istituzionali molto diverse da un'esperienza nazionale all'altra, che si lasciano al più ricondurre, seppur di nuovo a patto di qualche forzata generalizzazione, a “mondi”²⁹ o “famiglie”³⁰ di “capitalismo welfarista”, ovvero, ancora, a “modelli di solidarietà”³¹ notevolmente distanti l'uno dall'altro, ed essi stessi mobili e sfuggenti ai loro confini³².

²⁶ C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età*, cit., pp. 195 ss., sul punto p. 197, che cita a sua volta M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 731 ss., qui p. 775.

²⁷ Trattasi d'una vicenda sin troppo nota, che ha trovato la sua ricostruzione a tutt'oggi più ragguardevole in P. FLORA (a cura di), *Growth to Limits. The European Welfare States since World War II*, Berlin-New York, 1986-1987 (in quattro volumi), cui adde le altrettanto celebri sintesi di: P. FLORA, A. J. HEIDENHEIMER (a cura di), *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, (trad. it.) Bologna, 1983; J. ALBER, *Dalla carità allo Stato sociale*, (trad. it.) Bologna, 1987; e G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, (trad. it.) Roma-Bari, 1996 (con un capitolo finale sull'Italia di L. Gaeta e di A. Viscomi, e prefazione di P. Pombeni).

²⁸ Vedi ad es. L. GALLINO (a cura di), *Diseguaglianze ed equità in Europa*, Roma-Bari, 1993; C. CROUCH, *Social Change in Western Europe*, Oxford, 1999.

²⁹ È il titolo del noto libro di G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990, che ha riaperto ed in certa misura ispirato il ciclo più recente della *comparative welfare research*. Per un riesame critico di questo vasto filone di letteratura, che tende oggi sempre più a legarsi con quello altrettanto proteiforme sui “mondi del capitalismo industriale”, vedi ora R. E. GOODIN et al., *The Real Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1999.

³⁰ F. G. CASTLES (a cura di), *Families of Nations. Patterns of Public Policies in Western Democracies*, Aldershot Hants, 1993.

³¹ M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Bologna, 1993.

³² Vedi ultimamente V. LINTNER, *The Development of the EU and the European Economy*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, pp. 37 ss.

La costruzione di una poderosa struttura di politiche sociali, che funge come detto da primario fattore di rifondazione e di rilegittimazione dello Stato nazionale uscito distrutto dalla guerra, costituisce al tempo stesso la base su cui poggia la ritessitura di un ordine economico internazionale, pure esso lacerato o meglio spazzato via dal conflitto appena concluso, che si voleva nuovamente ispirato all'idea fondamentale, che era prima ancora esigenza ineludibile, della progressiva riapertura dei mercati al libero scambio³³.

Questo secondo "movimento" fondamentale della storia economica occidentale del dopoguerra è legato al primo da un nesso indissolubile, che fa dell'ordine economico internazionale che si andava riedificando all'insegna del libero commercio e dell'apertura dei mercati un fenomeno radicalmente diverso – oltre che, ovviamente, dal protezionismo nazionalista del periodo interbellico – dallo stesso sistema di *laissez-faire* dominante sino allo scoppio della prima guerra mondiale e a sua volta dominato dai dettami dell'ortodossia liberista neoclassica³⁴.

L'un movimento consente e ad un tempo corrobora l'altro: la coesione e la stabilità sociale domestica garantite dalla rinascita dello Stato-nazione nella forma del *Welfare State* democratico, rendono socialmente possibile, proteggendo la società dalla forza distruttiva del capitalismo nuovamente liberato "all'esterno", l'apertura delle economie nazionali al libero scambio, e sono da questa a loro volta rinvigorite e rafforzate, in un circolo virtuoso che si nutre dei frutti della imperiosa crescita economica così assicurata³⁵. L'economia mista e il *Welfare State* agevolano, infatti, "il processo di internazionalizzazione e di integrazione europea, rendendo possibile ai governi alleviare e a volte perfino rallentare l'aggiustamento necessario derivante dall'accresciuta apertura delle economie nazionali"³⁶.

Il *Welfare State* nazionale keynesiano non si limita, pertanto, a svolgere una fondamentale funzione di stabilizzazione del ciclo economico interno, assicurando "il meccanismo di raccordo tra produzione e consumo di massa"³⁷. Esso realizza anche una

³³ Rinvio in argomento alle illuminanti ricerche di J. G. RUGGIE, *International Regimes*, cit.; *Trade, Protectionism and the Future of Welfare Capitalism*, in *JIA*, 1994, vol. 48, n. 1, p. 1; *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, MPIfG Working Paper 97/1.

³⁴ È inevitabile quanto doveroso il riferimento alla capitale opera di K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974 (ed. orig. 1944).

³⁵ Vedi J.-P. THOMAS, *Le politiche*, cit., pp. 57 ss.

³⁶ L. TSOUKALIS, *La nuova economia europea*, trad. it., Bologna, 1998, p. 42.

³⁷ A. PERULLI, *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro*, in *LD*, 1998, pp. 251 ss., qui p. 259.

concorrente e pure coesistente funzione di integrazione delle economie nazionali nel mercato mondiale³⁸.

Il sistema ideato a Bretton Woods fissa in questo senso le condizioni ottimali per una riapertura controllata e governata delle economie nazionali al commercio internazionale. Un'apertura armoniosamente commisurata alle convergenti esigenze di espansione dell'intervento sociale ed economico dello Stato all'interno dei propri confini, e sorretta dalla deliberata intenzione di "trovare un punto di equilibrio tra mercato mondiale liberalizzato e responsabilità domestiche degli Stati nazionali"³⁹.

Un equilibrio nel quale la dimensione interna della progressiva estensione delle funzioni del *Welfare State* accompagna e sorregge la dimensione esterna del processo di liberalizzazione economica⁴⁰.

L'essenza dell'*embedded liberalism* – come John Ruggie, con metafora d'esplicita ascendenza polanyiana, ha proposto di definire il nuovo, complesso ordine economico-istituzionale del secondo dopoguerra – è quindi questa: "a differenza del nazionalismo economico degli anni Trenta, esso avrebbe avuto una conformazione multilaterale; e a differenza del liberismo del *gold standard* e del libero commercio, questo suo multilateralismo si sarebbe radicato in un sistema di interventismo economico domestico"⁴¹. È, più sinteticamente, la "simbiosi tra la liberalizzazione esterna e il rafforzamento del ruolo economico dello stato a livello interno"⁴².

La costituzione della CECA nel 1951 e della CEE (come dell'EURATOM) nel 1957, all'insegna dell'ideale della pacificazione e dell'unione politica ed economica dell'Europa occidentale, riflette immediatamente la logica compromissoria di tale nuovo ordine, del quale le Comunità europee vengono a formare una componente essenziale.

³⁸ Vedi E. RIEGER, S. LEIBFRIED, *Welfare State Limits to Globalization*, in *PS*, 1998, vol. 26, 3, pp. 363 ss., specialmente p. 377.

³⁹ R. W. COX, *Global Restructuring: Making Sense of the Changing International Political Economy*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *Political Economy and the Changing Global Order*, London, 1994, p. 45; negli stessi termini – tra i molti – anche A. MARTIN, *Labour, the Keynesian Welfare State, and the Changing International Political Economy*, ivi, pp. 60 ss.

⁴⁰ R. O. KEOHANE, *The World Political Economy and the Crisis of Embedded Liberalism*, in J. H. GOLDTHORPE (a cura di), *Order and Conflict in Contemporary Capitalism. Studies in the Political Economy of Western European Nations*, Oxford, 1984, pp. 15 ss., specialmente p. 18.

⁴¹ J. G. RUGGIE, *International Regimes*, cit., p. 393.

⁴² Ancora L. TSOUKALIS, *La nuova economia*, cit., p. 42; e vedi pure M. RHODES, *Defending the Social Contract: The EU between Global Constraints and Domestic Imperatives*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London-New York, 1998, pp. 36 ss., specialmente p. 49.

L'integrazione – dapprima settoriale e poi generale – delle economie dei sei membri originari delle Comunità in un comune mercato transnazionale rispose alla prioritaria esigenza della ricostruzione degli Stati nazionali che vi presero parte e si mantenne fondamentalmente funzionale a quel delicato e difficile processo di rinascita⁴³, all'interno d'un rinnovato quadro di pace, di prospera stabilità democratica e di progressiva riapertura internazionale. Come ha dimostrato la più attenta storiografia del processo di integrazione comunitaria, questa fu perciò, alle origini, nella sua essenza, una scelta nazionale⁴⁴. Fu “un accordo fra paesi deboli [...] per guidare i processi di apertura economica, governandone gli effetti sociali e politici attraverso la identificazione di un sentiero di aggiustamento progressivo”⁴⁵, basato, sì, sulla edificazione di un nuovo tipo di istituzione sovranazionale, ma nel quale la messa in comune di quote pur significative e via via crescenti di sovranità era, in realtà, strumentale alla riaffermazione del determinante ruolo economico e politico dello Stato e dell'interesse nazionale⁴⁶.

E non può nutrirsi alcun serio dubbio sul fatto che al centro di tale interesse nazionale ci fosse, non seconda rispetto alla impellente esigenza di creare un quadro istituzionale che assicurasse la stabile apertura reciproca delle economie europee, potenziando in tal modo la rapida espansione del commercio intracomunitario, la volontà, e la necessità, di estendere le capacità di intervento economico e sociale dello Stato⁴⁷.

⁴³ Vedi in tal senso pure M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, pp. 3 ss., in particolare p. 8; S. SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 473 ss., specialmente p. 474.

⁴⁴ A. S. MILWARD, V. SØRENSEN, *Interdependence*, cit., e soprattutto A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., p. 18, ove si parla di “act of national will”.

⁴⁵ P. BIANCHI, *Europa smarrita ed Europa ritrovata: decisione politica e gap democratico*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Oltre l'Euro. Istituzioni, occupazione e crescita*, Bologna, 1999, qui p. 52.

⁴⁶ Cfr. anche le puntuali considerazioni di A. LO FARO, *Integrazione europea*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario*, cit., p. 47 ss.

⁴⁷ È questa la principale acquisizione della rivisitazione storica delle origini dei trattati di Parigi e di Roma compiuta da Alan Milward. La ricostruzione proposta da A. MORAVCSIK (*The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, New York, 1998) nel più ambizioso tentativo di ricondurre alle categorie dell'intergovernativismo liberale le principali tappe dell'intero processo di integrazione comunitaria, offre, sul punto, indicazioni solo in parte convergenti. Anche Moravcsik riconduce ad una scelta “razionale” delle élites politiche nazionali, assunta essenzialmente nell'interesse degli Stati coinvolti, l'avvio, col Trattato di Roma, del processo di integrazione europea (il Trattato di Parigi è singolarmente assente dalla sua analisi). A differenza di Milward, Moravcsik riduce, però, l'interesse nazionale a quello economico e,

2.- L'idea di fondo di questo studio è quindi che la "costituzione economica" originaria delle Comunità europee – e cioè l'insieme dei principi fondamentali relativi all'organizzazione e allo svolgimento dei processi economici⁴⁸, quali direttamente o

fondamentalmente, a quello commerciale, escludendo, in un contesto così "ristretto", che le preoccupazioni e gli "sforzi diretti a preservare il sistema di politiche sociali e assistenziali proprio dell'Europa occidentale postbellica, e di ciascuno dei suoi Stati membri", abbiano potuto svolgere un ruolo di qualche significato (così *The Choice*, cit., p. 4; e vedi pure le pp. 87, 88 e 123). Il Trattato di Roma avrebbe, in questo senso, inaugurato quella "serie di scelte razionali compiute da *leaders* politici nazionali che hanno coerentemente perseguito gli interessi economici – prima di tutto gli interessi commerciali dei gruppi produttivi e secondariamente le preferenze macroeconomiche delle maggioranze al governo – lentamente evolutisi in risposta agli incentivi strutturali dell'economia globale", nella quale si risolverebbe – secondo Moravcsik (*The Choice*, cit., p. 3) – l'intero processo di integrazione comunitaria. Sui limiti di tale ricostruzione – che ha comunque l'indubbio merito di restituire il dovuto rilievo al peso determinante degli interessi nazionali nei momenti cruciali dell'"alta politica" comunitaria, cioè nelle fasi di negoziazione e revisione dei trattati – si avrà modo di tornare anche nel prosieguo della trattazione. Può, peraltro, sin d'ora affermarsi che essa, soffermandosi esclusivamente sui *grand bargain* comunitari, quasi inevitabilmente finisce per non tenere nel debito conto, quando non per oscurare, l'altrettanto essenziale significato degli sviluppi "incrementali" dell'integrazione comunitaria, ed in particolare di quel processo di lenta costruzione "alluvionale" dell'*acquis communautaire*, che – in larga parte sorretto da dinamiche istituzionali interne e sue proprie – ha nel tempo operato come vincolo sempre più stretto all'azione degli Stati membri. Un'analisi cui sfugge quasi completamente il fondamentale significato rivestito dall'opera di costituzionalizzazione dei trattati da parte della Corte di Giustizia, perde – con ogni evidenza – un pezzo semplicemente essenziale del complicatissimo *puzzle* comunitario (cfr. gli interventi di H. WALLACE, J. A. CAPORASO e F. W. SCHARPF nel *Review Section Symposium: The Choice for Europe - Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, in *JEPP*, 1999, pp. 155 ss.).

⁴⁸ L'espressione "costituzione economica" viene perciò assunta qui in senso ampio e atecnico, per designare l'insieme dei principi fondamentali che governano la natura e la forma del processo di cooperazione socio-economica, in particolare attraverso la definizione dei contenuti e dei limiti del ruolo economico dello Stato rispetto al mercato. E quindi, in tale ambito, attraverso la stessa determinazione dell'ampiezza e della rilevanza delle politiche sociali, quali principali strumenti di correzione dei processi e degli esiti "spontanei" di mercato, nella classica definizione marshalliana di interventi del "potere politico diretti a sostituire, integrare o modificare le operazioni del sistema economico al fine di conseguire risultati che il sistema economico di per sé solo non potrebbe produrre" (T. H. MARSHALL, *Social Policy*, London, 1975, p. 15). Giova sottolineare che l'impiego dell'espressione "costituzione economica" con riferimento all'ordinamento comunitario è pressoché coevo all'avvio del processo di integrazione e figura, anzi, nello stesso Rapporto Spaak: cfr. il *Rapporto ai Ministri degli Affari Esteri dei Capi di Delegazione del Comitato Intergovernativo creato alla Conferenza di Messina*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Servizio Informazioni, 1959 (ma 1956), appunto noto, ed anche nel prosieguo citato, come Rapporto Spaak, specialmente a p. 49; e si confronti l'ormai classico studio di L.-J. CONSTANTINESCO, *La constitution économique de la C. E. E.*,

indirettamente consacrati nei trattati istitutivi del 1951 e del 1957 – fosse espressione piena e consapevole di, ed anzi riflettesse compiutamente, quello che si è sopra definito come il compromesso istituzionale postbellico dell'*embedded liberalism*. E, per converso, che le successive profonde “metamorfosi” della stessa rappresentino, a loro volta, il riflesso o la risposta – in certi casi più diretta ed esplicita, in altri più mediata e magari inconsapevole; per taluni aspetti manifestazione della volontà dichiarata e delle scelte dei “Signori dei Trattati”, ma per altri non meno decisivi profili espressione piuttosto della dinamica “autopropulsiva” del processo di integrazione – alle trasformazioni radicali intervenute, dalla metà degli anni Settanta ad oggi, nell’ordine istituzionale ed economico disegnato all’indomani della fine della seconda guerra mondiale.

Sarà in particolare argomentato che l’apparente inconsistenza delle disposizioni sociali del Trattato di Roma (come di quelle, poco meno “frugali”, del Trattato di Parigi) fosse in realtà coerente col disegno – intriso del compromesso dell'*embedded liberalism* – diretto non solo a preservare intatte, ma auspicabilmente ad espandere e potenziare le capacità di intervento economico e di governo sociale degli Stati membri: cioè, la capacità di questi di mantenere le promesse di protezione poste a base del nuovo contratto sociale stipulato coi propri cittadini alla fine della guerra. Nel disegno dei padri fondatori, la costruzione di un forte mercato transnazionale europeo avrebbe aperto e integrato le economie dei paesi membri *senza* creare alcuna minaccia alle “sovranità sociali” nazionali, che avrebbero anzi potuto contare sui benefici effetti dell’armonizzazione spontanea e progressiva dei sistemi sociali o, quantomeno, sul maggior *dividendo* fiscale derivante dalla creazione del mercato comune. La CEE non avrebbe, perciò, avuto bisogno – tranne che in poche e delimitate aree e, di massima, soltanto laddove la teoria del commercio internazionale avesse

in *RTDE*, 1977, pp. 244 ss. La definizione qui accolta di “costituzione economica” riecheggia, in buona sostanza, quella classica elaborata dalla scuola “ordoliberale” tedesca (su cui cfr. sin d’ora D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *AJCL*, 1994, vol. 42, pp. 25 ss., specialmente p. 44, nonché R. MICCU, “Economia e costituzione”: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *QP*, 1996, pp. 243 ss.). Rispetto a questa si qualifica tuttavia per la sottolineatura dell’essenziale e consustanziale rilievo delle politiche sociali in genere. Un’accezione simile è impiegata in A. PREDIERI, *Euro. Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, pp. 190 ss. Per un’interessante rassegna dei diversi significati della locuzione, vedi, ad ogni modo, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995, pp. 3 ss., e, da ultimo, con più specifico riferimento al contesto comunitario, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001, pp. 9 ss.

ravvisato rischi effettivi di *dumping* – di sue proprie competenze sociali.

In tale prospettiva, si comprende facilmente come gli unici diritti sociali da garantire espressamente a livello sovranazionale a margine – o forse meglio, come corollario e quasi “a servizio” – dell’effettivo godimento delle libertà economiche garantite dal Trattato di Roma, fossero quelli strettamente funzionali alla creazione di un mercato (del lavoro e dei servizi) integrato, di cui all’art. 48 (oggi 39) e seguenti⁴⁹. Ma, anche in tal caso, come ha dimostrato la più accorta ricerca storiografica, senza compromettere, ed anzi confermando “i caratteri essenziali delle strategie economiche nazionali”⁵⁰, basati – quantomeno sino al termine del periodo transitorio – sul persistente controllo statale dei flussi migratori e sulla piena indipendenza delle politiche del mercato del lavoro.

L’osservazione, del resto, non vale – a ben guardare – soltanto per i diritti sociali, per i quali assume, peraltro, un’evidenza innegabile. L’originaria assenza di un qualunque catalogo comunitario di diritti fondamentali non è, infatti, più in generale, spiegabile soltanto, e forse tanto, con la convinzione – che fu certamente presente – secondo cui la natura meramente settoriale dell’integrazione economica non avrebbe, in realtà, creato occasioni di violazione, e perciò esigenze di protezione, che non fossero già sufficientemente prese in considerazione dalle costituzioni nazionali e, soprattutto, per quanto concerne il piano transnazionale, dalla Convenzione di Roma del 1950, cui tutti i fondatori delle Comunità aderivano. Probabilmente, più a fondo c’era la convinzione che l’intera costruzione comunitaria fosse, in realtà, in quanto tale diretta a ricostruire – in un ordine interno e internazionale nuovo – le precondizioni economiche per il pieno ed effettivo godimento, nei singoli ordinamenti giuridici nazionali, dei diritti (civili, politici e sociali) fondamentali. In questo senso, un catalogo comunitario non serviva, perché lo scopo di proteggere i diritti fondamentali – e soprattutto i diritti sociali – dei cittadini degli Stati membri apparteneva alla stessa missione fondativa delle Comunità europee, era incorporato nello stesso “codice genetico” della integrazione economica comunitaria⁵¹.

⁴⁹ Vedi già prima l’art. 69 del Trattato CECA, disposizione peraltro più “timida” di quelle contenute nel Trattato CEE. Vedi L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all’articolo 69, in Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, Milano, 1970, vol. II, pp. 965 ss.

⁵⁰ F. ROMERO, *Emigrazione e integrazione europea 1945-1973*, Roma, 1991, p. 129.

⁵¹ Per considerazioni simili, A. J. MENÉNDEZ, *Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, ARENA Working Papers, n. 2001/3, specialmente nella parte prima.

L'intelaiatura istituzionale immaginata dai *conditores* delle Comunità europee si poneva, pertanto, in perfetta linea coi capisaldi dell'*embedded liberalism*: la (peraltro graduale) istituzionalizzazione, e poi la vera e propria costituzionalizzazione, per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, dei principi della libertà di mercato a livello *transnazionale*, si sarebbe, infatti, poggiata sulla implicita, ma non per questo meno sicura, garanzia del mantenimento di forti e radicati sistemi *nazionali* di *Welfare State*. Tale che il potenziale astrattamente "distruttivo" – ancora à la Polanyi – delle forze del mercato comune – esso stesso, invero, ben lungi anche solo dall'assomigliare ad un sistema "autoregolato"⁵² o "autoorganizzantesi"⁵³ – avrebbe trovato un adeguato contrappeso, ed un'insuperabile "difesa della società", nelle istituzioni nazionali della cittadinanza sociale e industriale. Le quali avrebbero per l'appunto potuto continuare a svolgere senza vincoli e condizionamenti esterni, se non del già accennato tipo virtuoso, la loro funzione di coesione sociale e, quindi, di legittimazione politica e materiale del risorto Stato nazionale.

Come è stato ben puntualizzato, "per quanto ritonificata negli anni Ottanta, in particolare in vista del 1992, la visione liberista del processo integrativo risulta quindi storicamente insostenibile in relazione al primo trentennio postbellico"⁵⁴.

Ma l'*embedded liberalism* – almeno in quella forma storica divisata dagli architetti dei trattati di Parigi e di Roma, che viene spesso resa con lo *slogan*, un po' grossolano ma efficace, di "Keynes in patria e Smith all'estero"⁵⁵ – è per sua natura un "composto chimico instabile"⁵⁶. Che sempre più difficilmente riesce a mantenersi in equilibrio man mano che si modifica l'ambiente economico e politico nel quale è stato concepito e generato. E che difatti entra in crisi conclamata una volta che quell'ambiente muta troppo, fino a diventargli estraneo ed irricognoscibile.

⁵² Sempre nell'accezione di K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., specialmente pp. 5 e 88 ss.

⁵³ Nonostante la contraria opinione di E. STREIT, W. MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community: From "Rome" to "Maastricht"*, in *ELJ*, 1995, pp. 5 ss., specialmente p. 14.

⁵⁴ F. ROMERO, *Emigrazione*, cit., p. 145.

⁵⁵ Così, ad esempio, R. GILPIN, *Politica ed economia delle relazioni internazionali*, trad. it., Bologna, 1990, pp. 455 ss.; L. TSOUKALIS, *La nuova economia*, cit., p. 42; R. SANTANIELLO, *Il mercato unico europeo*, Bologna, 1998, p. 28.

⁵⁶ Per riprendere la colorita immagine usata da S. VECA (in *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 1990, p. 42) a proposito della cittadinanza (sociale): *mix* inquieto e sempre cangiante, alla ricerca vana di un equilibrio permanente "fra gli ideali dell'emancipazione liberale e quelli dell'emancipazione socialista".

I segni del mutamento irreversibile si manifestano con dirompente drammaticità con la fine del sistema di cambi fissi ideato a Bretton Woods e col primo *shock* petrolifero, e si fanno sempre più incalzanti superata la metà degli anni Settanta. La stagflazione – un fenomeno del tutto nuovo e semplicemente inconcepibile alla luce delle categorie analitiche che avevano ispirato sino ad allora il *management* macroeconomico⁵⁷ – svela l'illusorietà degli effetti virtuosi del moltiplicatore keynesiano in un'economia internazionale che si dimostra sempre più esposta alla circolazione erratica dei capitali in regime di cambi fluttuanti, mettendone impietosamente in luce gli effetti perversi.

Il secondo *shock* petrolifero della fine degli anni Settanta ed il fallimento del tentativo di politica espansiva "tradizionale" messo in atto in Francia nei primi anni Ottanta dal governo socialista – ultimo (infausto) esperimento di keynesismo (esplicito) "in un paese solo"⁵⁸ –, danno ormai il senso compiuto della fine di un'era, e ne segnano anche simbolicamente la chiusura⁵⁹.

Il compromesso keynesiano del dopoguerra piomba in una crisi strutturale. Nel sistema di Bretton Woods, l'autonomia delle politiche monetarie e macroeconomiche – essa stessa funzionale, a sua volta, alla necessaria piena disponibilità delle leve politiche della crescita e del pieno impiego – poteva "mundellianamente"⁶⁰ sussistere in un sistema di cambi fissi solo a patto che la circolazione dei capitali fosse *effettivamente* limitata e ristretta⁶¹.

In termini mundelliani, il sistema di Bretton Woods componeva in modo del tutto coerente un armonico trio di politiche monetarie autonome, di cambi fissi, e di crescente liberalizzazione commerciale internazionale, grazie a un basso livello di mobilità

⁵⁷ L. TSOUKALIS, *La nuova economia*, cit., p. 47.

⁵⁸ V. J.-P. THOMAS, *Le politiche*, cit., p. 262.

⁵⁹ Come nota W. SANDHOLTZ, *Choosing Union: Monetary Politics and Maastricht*, in *IO*, 1993, vol. 47, pp. 1 ss., specialmente pp. 6-7, il clamoroso insuccesso della strategia reflattiva nello stimolo di crescita e occupazione dette la spinta decisiva alla conversione del governo socialista francese all'austerità fiscale e al rigore monetario a partire dal 1983, e contribuì in maniera determinante a formare la percezione, nelle élites politiche di quel paese, della necessità di un rilancio dell'integrazione europea nella direzione poi effettivamente imboccata con l'Atto Unico ed il Trattato di Maastricht. In termini analoghi, A. MORAVCSIK, *The Choice*, cit., pp. 269-270.

⁶⁰ L'ovvio riferimento è a R. MUNDELL, *The Monetary Dynamics of International Adjustment Under Fixed and Flexible Exchange Rates*, in *QJE*, 1960, vol. 74, pp. 227 ss., nonché a ID., *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *AER*, 1961, vol. 51, n. 4, pp. 657 ss.

⁶¹ È noto come – durante tutta la progettazione del sistema che peraltro solo in parte venne poi trasfuso nei patti di Bretton Woods – una delle preoccupazioni maggiori di John Maynard Keynes fosse proprio quella di assicurare un rigoroso sistema di controllo dei movimenti dei capitali; cfr. G. J. IKENBERRY, *The Political Origins of Bretton Woods*, in M. BORDO, B. EICHENGREEN (a cura di), *A Retrospective on the Bretton Woods System*, Chicago, 1993.

dei capitali⁶². Il "trio" o – se si preferisce – il "quartetto" diventa "inconciliabile" o "inconsistente"⁶³, quando – sospinto dalla globalizzazione dei mercati finanziari e dalla rapida diffusione delle nuove tecnologie informatiche – il flusso dei capitali in circolazione "diviene semplicemente troppo alto per continuare a coesistere con un regime di cambi fissi e con l'autonomia della politica monetaria"⁶⁴. L'intera storia dell'integrazione monetaria europea – dal Serpente al Sistema monetario europeo, fino all'euro – può essere retrospettivamente letta come il tentativo di restituire un minimo di coerenza al sistema⁶⁵, attorno al dato centrale della ormai inarrestabile mobilità mondiale dei capitali. E tale "coerenza" è infatti progressivamente perseguita e ritrovata – almeno all'interno della Comunità – col graduale sacrificio dell'autonomia della politica monetaria, sacrificio ritenuto pressoché inevitabile al fine di recuperare, almeno in ambito comunitario, il "bene pubblico" della stabilità dei cambi (e dei prezzi).

In questo nuovo contesto muta radicalmente il rapporto tra politiche sociali e leggi dell'economia. L'ordine dei valori e delle priorità politiche si inverte. Il mercato fuoriesce di prepotenza dal ruolo "ancillare" – di docile strumento di produzione di risorse da ridistribuire per scopi di generale emancipazione e parificazione sociale – che gli era stato ritagliato, e si (ri)colloca al vertice dell'ordine dei fini.

⁶² Vedi ad es. K. R. MCNAMARA, *Consensus and Constraint: Ideas and Capital Mobility in European Monetary Integration*, in *JCMS*, 1999, pp. 455 ss., specialmente p. 459. In effetti, la liberalizzazione postbellica fu essenzialmente limitata al commercio dei beni e non riguardò che in misura contenuta il movimento dei capitali: cfr. N. CRAFTS, G. TONIOLO, *Postwar Growth: An Overview*, in ID. (a cura di), *Economic Growth in Europe since 1945*, Cambridge, 1996. La stessa libertà di commercio fu comunque realizzata gradualmente e non senza rilevanti limitazioni, come ricorda giustamente G. R. D. UNDERHILL, *Introduction: Conceptualizing the Changing Global Order*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *op. cit.*, p. 30. Furono soprattutto le barriere non tariffarie – componente peraltro essenziale in un contesto di crescita esponenziale delle regolazione economica e sociale all'interno degli Stati membri – a rimanere in piedi. È per questa ragione che A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 130-131, descrive l'economia politica della (parziale) liberalizzazione degli anni Cinquanta come "una forma di neo-mercantilismo internazionalizzato", "una peculiare miscela di liberismo e protezionismo".

⁶³ Per usare le celebri espressioni di T. PADOA-SCHIOPPA: *L'Europa verso l'unione monetaria. Dallo Sme al trattato di Maastricht*, Torino, 1992, p. 70; *The Genesis of EMU: A Retrospective View*, *Jean Monnet Chair Papers*, RSC-EUI, n. 40 del 1996.

⁶⁴ K. R. MCNAMARA, *Consensus*, cit., p. 460.

⁶⁵ Vedi, principalmente, ancora T. PADOA-SCHIOPPA, *L'Europa verso l'Unione monetaria*, cit., e, da ultimo, ID., *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001, specialmente pp. 49 ss., nonché A. MORAVCSIK, *The Choice*, cit., pp. 285 ss.

La teoria economica accompagna e in certa misura anticipa questa profonda trasformazione. È essa stessa investita da un radicale mutamento del paradigma scientifico dominante, simbolicamente suggellato dalla assegnazione del premio Nobel per l'economia a Milton Freedman nel 1976.

Le virtù politico-economiche di un paese si misurano ormai sempre più in ragione della forza e della stabilità (interna ed esterna) della sua moneta e dell'efficacia della sua *supply side economy* e sempre meno in ragione dei suoi livelli di occupazione⁶⁶. Nel contesto del nuovo paradigma, il discorso sulla flessibilità del lavoro viene ugualmente ad assumere – sia pure con declinazioni molto diverse all'interno della stessa Europa comunitaria⁶⁷ – quella centralità fino a ieri riservata alle politiche interventiste di pieno impiego⁶⁸.

Per quanto i suoi effetti reali vengano talvolta sovrastimati e in qualche caso deliberatamente drammatizzati⁶⁹, non c'è dubbio che il processo di globalizzazione tenda – più in generale – a spiazzare le tradizionali forme di intervento economico e sociale dello Stato nazionale e a determinare una crescente sfasatura tra i circuiti di produzione, basati su risorse sempre più “nomadi”, e i circuiti di cittadinanza, ancor oggi per la gran parte ancorati a diritti, per definizione, “stanziali”, quali sono i diritti nazionali⁷⁰. Tenda cioè a generare, detto in estrema sintesi, un'asimmetria di fondo tra processi di mercato – sempre più globali – e forme ancora essenzialmente nazionali di controllo e di governo democratico, oltre che di redistribuzione a fini solidaristici delle risorse⁷¹.

⁶⁶ Vedi ancora K. MCNAMARA, *Consensus*, cit., pp. 462-463.

⁶⁷ Vedi U. MÜCKENBERGER, S. DEAKIN, *From Deregulation to a European Floor of Rights: Labour Law, Flexibilisation and the European Single Market*, in *ZIAS*, 1989, n. 3, pp. 153 ss.

⁶⁸ Vedi più recentemente, *ex multis*, la sintesi storica di B. STRÅTH, *After Full Employment and the Breakdown of Conventions of Social Responsibility*, in ID. (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000, pp. 11 ss. Sul versante della sterminata letteratura giuridica, valga almeno ricordare gli ormai classici studi di S. SIMITIS (*La giuridificazione dei rapporti di lavoro*), J. CLARK e LORD WEDDERBURN OF CHARLTON (*La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico*) e di G. GIUGNI (*Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*) in *DLRI*, 1986, rispettivamente pp. 215, 277, 317 ss.

⁶⁹ Lo rileva giustamente, tra gli altri, L. TSUOKALIS, *The European Agenda: Issues of Globalization, Equity and Legitimacy*, *Jean Monnet Chair Papers*, n. 49 del 1998, pp. 9 ss.

⁷⁰ V. E. PARSI, *La costituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziali*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età*, cit., p. 145 ss., qui p. 167.

⁷¹ Per tutti, nell'ambito di un'ormai straripante letteratura, vedi i notevoli contributi raccolti in W. STREECK (a cura di), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie. Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt a. M. – New York, 1998.

Nell'era della globalizzazione travolgente dei mercati finanziari e della crescente internazionalizzazione della stessa produzione delle "merci", nella quale gli Stati nazionali vedono inesorabilmente scemare il controllo sulle proprie economie, la metafora dell'*embedded liberalism* sembra allora destinata a dover cedere il passo al suo contrario⁷²: al "*disembedded*" o, addirittura, al "*subversive liberalism*"⁷³.

La costituzione economica (sia formale che materiale) della Comunità europea non resta – e non poteva ovviamente restare – indifferente a questo vero e proprio trapasso d'epoca. I postulati fondamentali dell'emergente nuovo ordine economico internazionale finiscono per riflettersi su di essa e per riplasmare in profondità la *Wirtschaftsverfassung* comunitaria.

Non si tratta, naturalmente, d'un processo causalmente semplice e lineare, mosso da improbabili dinamismi di tipo deterministico o meccanicistico. E neppure d'un processo contenibile, nella sua straordinaria complessità, dentro spiegazioni di tipo mono-causale, anche dallo specifico punto di vista delle prevalenti (e più o meno classiche o solo correnti) teorie "generali" dell'integrazione comunitaria⁷⁴.

Anche da tale ultima e qui più rilevante prospettiva, la trasformazione della costituzione economica europea si appalesa come l'esito d'un processo eterogeneo, plurale, discontinuo e sempre aperto⁷⁵. Essa dischiude un panorama particolarmente vario e sfaccettato, che non si lascia dipingere, nella sua interezza, con l'uso di un solo colore, ma richiede una rappresentazione attenta alle innumerevoli sfumature e necessariamente policroma⁷⁶.

L'ingegnosa metafora dell'uomo cieco e dell'elefante – suggerita all'inizio degli anni Settanta da Donald Puchala per segnalare la vacuità di ogni tentativo di *reductio ad unum* della pluralità e dell'intrinseca complessità delle diverse logiche simultaneamente

⁷² G. J. RUGGIE, *Globalization*, cit.

⁷³ M. RHODES, "Subversive Liberalism": *Market Integration, Globalisation and the European Welfare State*, *EUI Working Paper RSC*, n. 95/10 (nonché in *JEPP*, 1995, p. 384).

⁷⁴ Un'aggiornata e molto curata rassegna di tali teorie è da ultimo offerta da F. MORATA, *L'Unione europea*, trad. it., Roma, 1999, cap. 3, nonché, più diffusamente, da B. ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Houndmills, Basingstoke e New York, 2000, ai quali senz'altro si rinvia.

⁷⁵ Analogamente, *ex multis*, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, specialmente pp. 88 e 107, ove si afferma che l'integrazione europea è un processo fondamentalmente "aperto nei fini" e costituisce "più di un solo, per quanto complesso, fenomeno", come tale non riconducibile ad un solo, totalizzante, modello interpretativo.

⁷⁶ H. WALLACE, *Piecing the Integration Jigsaw Together*, in *JEPP*, 1999, pp. 155 ss., specialmente p. 158.

sottostanti al processo d'integrazione comunitaria⁷⁷ – mantiene intatta, e anzi vede oggi più che mai rafforzata, la sua validità euristica⁷⁸. Un'inevitabile dose di eclettismo e di sincretismo culturale nel ricorso alle diverse teorie “in competizione” dell'integrazione comunitaria⁷⁹, pare, perciò, adeguatamente giustificata dalla consapevolezza che – oggi più che mai – “semplicemente non conosciamo nessuna grande teoria che possa consentirci di comprendere appieno il presente corso dell'integrazione europea e che sia tale da munirci di un modello, coerente e normativamente attraente, della futura forma della Repubblica europea”⁸⁰.

La logica neofunzionalista dello *spill over* – ove opportunamente rivista e corretta alla luce delle più sofisticate versioni del neoistituzionalismo⁸¹ – costituisce un ingrediente senza dubbio indispensabile in qualunque realistica spiegazione del processo di metamorfosi della costituzione economica europea.

Le dinamiche dell'integrazione giudiziale all'ombra di quello straordinario strumento di propulsione della Comunità europea come “comunità di diritto”, che si è rivelato l'art. 234 (*ex* 177) del Trattato di Roma⁸², appaiono, per fare un solo esempio,

⁷⁷ D. J. PUCHALA, *Of Blind Men, Elephants and International Integration*, in *JCMS*, 1972, pp. 267 ss.

⁷⁸ Ne dà una significativa conferma il suo stesso autore: vedi D. J. PUCHALA, *Institutionalism, Intergovernmentalism and European Integration: A Review Article*, in *JCMS*, 1999, pp. 329 ss.

⁷⁹ Un approccio simile – proprio con riguardo ai modelli evolutivi della costituzione economica europea – è rinvenibile nella ricerca di M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, di cui vedi specialmente p. 12.

⁸⁰ C. JOERGES, *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in R. DEHOUSSE (a cura di), *Europe After Maastricht. An Ever Closer Union?*, München, 1994, pp. 29 ss., qui p. 30. F. W. SCHARPF, *Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe*, MPIfG Discussion Paper, n. 00/5, propone un utilizzo combinato e complementare degli approcci teoretici in astratta competizione tra di loro, al fine di meglio comprendere – nella complessa variabilità delle loro dinamiche – le logiche caratterizzanti i diversi sotto-sistemi di interazione della *multi-level European Polity*.

⁸¹ Cfr. in particolare, recentemente, W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET (a cura di), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford, 1998 (ed. ivi, in specie, il contributo dei due curatori, *Integration, Supranational Governance, and the Institutionalization of the European Polity*, pp. 1 ss., e quello di P. PIERSON, *The Path to European Integration: A Historical-Institutionalist Analysis*, pp. 27 ss.), nonché W. MATTLI, *The Logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, Cambridge, 1999, pp. 19 ss.

⁸² La “costituzionalizzazione” dei trattati rappresenta, essa stessa, il portato più rilevante di tale fondamentale e complessa dinamica. È doveroso, qui, quantomeno il richiamo degli ormai classici contributi di: E. STEIN, *Giuristi, giudici e la creazione di una costituzione transnazionale*, in ID., *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, trad. it., Milano, 1991, pp. 17 ss.; M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, specialmente pp. 350 ss.; G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for*

semplicemente determinanti, se si vuole cogliere il senso di quell'impressionante processo di *spill over* delle libertà economiche garantite dal Trattato potenzialmente in ogni area di regolazione pubblica degli Stati membri, che segna – come vedremo – uno dei momenti di più netta trasformazione della costituzione economica europea.

È, però, altrettanto evidente come, in un contesto così articolato e plurale, non si possa plausibilmente prescindere anche da una realistica ponderazione di tutto il perdurante peso degli interessi e delle preferenze, in primo luogo di carattere economico, degli Stati membri. E ciò specie quando quelle trasformazioni sono il frutto, o almeno costituiscono l'oggetto, di fondamentali revisioni dei trattati, volute, o per lo meno accettate, dai loro "Signori", avuto inevitabilmente riguardo al rispettivo interesse nazionale⁸³. Anche perché, assai spesso, esse sono forse meglio rappresentabili come il prodotto combinato dell'interazione dei diversi fattori, come il frutto di un gioco complesso, in cui attori nazionali e sovranazionali si legano e si condizionano reciprocamente in un sistema a sovranità sempre più diffusa e condivisa, nel quale la forma di discorso prevalente finisce per essere, inevitabilmente, il "dialogo"⁸⁴, benché, sovente, con notevoli disparità e asimmetrie nei "diritti conversazionali"⁸⁵ delle parti coinvolte.

Europe, in CMLR, 1989, p. 595; e di J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in YLJ, 1991, vol. 100, pp. 2403 ss. (ora ripubblicato con un'appendice sul "dopo 1992" in ID., *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999).

⁸³ In questa prospettiva, sono innegabili i meriti dell'opera di A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe*, cit. Gli Stati membri restano attori decisivi nell'arena comunitaria e il peso relativo dei loro interessi (soprattutto economici) e delle loro posizioni di influenza e di potere negoziale appaiono elementi imprescindibili per l'esatta comprensione quantomeno dell'"alta politica" europea.

⁸⁴ L'allusione, trasparente, è ancora alla già sottolineata, fondamentale importanza dei "dialoghi giudiziali" nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico comunitario, ma intende assumere qui una più ampia valenza con riferimento, in genere, al processo decisionale e integrativo europeo. Ad ogni modo, sul ruolo decisivo dei dialoghi giudiziali europei, nella prospettiva del giuslavorista, vedi i contributi raccolti nel fascicolo monografico di LD, 3-4 del 1998, *Sul diritto sociale comunitario: la Corte di giustizia e i suoi interlocutori*, nonché, ora, soprattutto S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001 (ed ivi, specialmente il capitolo introduttivo della curatrice, *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, pp. 1 ss.). In prospettiva più generale, vedi, inoltre, A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, e, da ultimo, G. DE BÚRCA, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court of Justice*, Oxford, 2001.

⁸⁵ Per reimpiegare con una certa libertà, ed in termini decisamente più generali di quelli avuti in mente dall'autore, l'efficace espressione di A. LO FARO, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in LD, 1998, pp. 621 ss., qui p. 622.

Un momento di svolta – almeno in termini simbolici – di questo processo, pur non lineare, di metamorfosi costituzionale, può ad ogni modo essere non arbitrariamente individuato nel rilancio dell'integrazione comunitaria attorno al progetto del grande mercato unico, senza frontiere interne, quale sancito dalla ratifica dell'Atto Unico Europeo (AUE) del 1986. Ed ancora nella creazione della unione economica e monetaria nella forma divisata dal Trattato di Maastricht del 1992, a definitivo compimento e coronamento di quel progetto⁸⁶.

Tali fondamentali momenti di "revisione costituzionale" comunitaria segnerebbero, anzi, secondo taluni, il punto culminante di un'autentica "rivoluzione"⁸⁷, nella quale si consumerebbe il rovesciamento completo, e solo all'apparenza indolore, del rapporto tra il politico e l'economico nei termini che avevano improntato il costituzionalismo europeo novecentesco. Una sorta di nemesi storica rispetto quella prometeica volontà di affermazione della sovranità economica dello Stato, che soffia sopra le costituzioni europee del secondo Novecento⁸⁸. Sia nel "progetto per il 1992" che in quello (ad esso in tale ottica complementare) della moneta unica, l'ansia di superare la stagnazione economica e l'eurosclosi avrebbero per la prima volta legato il processo di integrazione comunitaria ad un preciso "disegno di *deregulation*"⁸⁹ dei *Welfare State* nazionali, evidentemente antitetico rispetto alle aspirazioni dei padri fondatori.

Al di là, comunque, dei diversi percorsi seguiti e dei diversi punti di snodo o di vera o presunta svolta di tale processo, il senso e l'esito di fondo della metamorfosi della costituzione economica europea appaiono, nel loro insieme, sufficientemente chiari: le nuove leggi dell'economia transnazionale divengono vincoli espliciti e diretti, che s'impongono – assistiti dalla supremazia del diritto comunitario – alle (già protette) sovranità sociali nazionali⁹⁰.

⁸⁶ In termini, fra gli altri, C. PINELLI, *La dicotomia*, cit., pp. 197-198.

⁸⁷ È la tesi sostenuta con forza da G. GUARINO, *La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *RDPSP*, 1998, 2, p. 193. Dello stesso autore vedi anche, più diffusamente, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997. Una lettura decisamente più sfumata, anche se largamente convergente, è proposta da G. ROSSI in *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *QP*, 1996, pp. 3 ss., e in *Sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in *DP*, 1997, pp. 289 ss.

⁸⁸ Vedi M. DE CECCO, *Trionfo e nemesi della sovranità economica*, in P. CIOCCA (a cura di), *L'economia mondiale nel Novecento*, Bologna, 1998, p. 75.

⁸⁹ W. STREECK, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *SM*, 1990, pp. 29 ss., qui p. 38.

⁹⁰ Cfr. W. STREECK, *Public Power Beyond the Nation State: The Case of the EC*, in R. BOYER, D. DRACHE (a cura di), *States Against Markets. The Limits of Globalisation*, London, 1996, pp. 299 ss.

L'eclissi delle sovranità sociali nazionali riflette certamente la sostanziale riduzione dell'autonomia di fatto degli Stati membri, della loro capacità effettiva di determinare liberamente le sorti della loro economia⁹¹. Essa però – ciò che qui più interessa – trova nella nuova *Ordnungspolitik* comunitaria la sua precisa – e più penetrante e imperativa – sanzione *giuridica*⁹².

I fattori principali di questo autentico capovolgimento dell'equilibrio costituzionale originario – cui probabilmente ben s'attaglia la suggestiva immagine delle “*converse pyramids*”, da taluno non del tutto convincentemente proposta ad altri scopi⁹³ – verranno analizzati più diffusamente nel prosieguo della trattazione. Essi saranno in buona sostanza individuati negli effetti di (mera) integrazione negativa derivanti dalla progressiva “infiltrazione” delle regole sovranazionali del mercato e della concorrenza nei diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali; nei rigorosi vincoli economico-finanziari che governano l'unione monetaria, quali costituzionalizzati dal Trattato sull'Unione europea (TUE) in funzione del primato dell'obiettivo della stabilità della moneta; nella accresciuta rilevanza acquisita, direttamente o di riflesso, dalle dinamiche della “competizione regolativa” tra i sistemi socio-economici nazionali; nel connesso indebolimento del principio di territorialità dei sistemi nazionali di protezione sociale. Tutti elementi per l'appunto estranei a (e, per molti profili, in aperto contrasto con) quello che si è definito come il compromesso originario dell'*embedded liberalism*.

L'immagine, sempre più spesso usata nel corso degli anni Novanta per indicare il nuovo ordine istituzionale dell'azione comunitaria in materia sociale, del “*multitiered system*”⁹⁴, nel quale gli Stati

⁹¹ Per la distinzione, cui si allude nel testo, tra “autonomia” e “sovranità” statuale – rispettivamente come indipendenza *de facto* e *de iure* nella capacità decisionale in materia economica e, quindi, sociale –, cfr., sia pure in termini in parte diversi, D. HINE, *Introduction: The European Union, State Autonomy and National Social Policy*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market*, cit., pp. 1 ss.

⁹² Cfr. soprattutto F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, trad. it., Bologna, 1999, specialmente pp. 34 e 49 ss.

⁹³ B. FITZPATRICK, *Converse Pyramids and the EU Social Constitution*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford e Portland, 2000, pp. 303 ss.

⁹⁴ Tra gli altri, vedi principalmente P. PIERSON, S. LEIBFRIED, *Multitiered Institutions and the Making of Social Policy*, e *Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe*, entrambi in ID. (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D. C., 1995, rispettivamente pp. 1 e 43 ss., nonché S. SCIARRA, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, pp. 189 ss.;

membri hanno inevitabilmente perduto parte rilevante della loro sovranità, senza che questa sia stata tuttavia recuperata dal livello di governo sovranazionale per assolvere altrettanto efficacemente alle funzioni di integrazione positiva già svolte dai primi, illustra bene i potenziali effetti di *disembedding* prodotti dall'operare congiunto dei sopradetti fattori sugli assetti nazionali di *Welfare State*.

La dimensione sociale europea – suggeriscono le più accreditate analisi – rimane prigioniera della “trappola della sovranità congiunta”⁹⁵, e le politiche sociali comunitarie non riescono (non possono o non sanno) compensare i più o meno marcati effetti di deregolazione prodotti – in via diretta e semi-automatica – dall'integrazione negativa nel mercato interno, soprattutto se si tengono in considerazione le accresciute potenzialità della stessa dopo l'unificazione monetaria. Le soluzioni politiche impedita a livello nazionale dallo *spill over* dell'integrazione negativa, verticalmente operante attraverso l'effetto diretto e la supremazia del diritto comunitario, e ora anche dai vincoli macroeconomici sanciti a Maastricht, non sono recuperate al livello del governo sovranazionale, data l'*impasse* politica e istituzionale di cui soffrono le possibili opzioni di integrazione positiva, soggette come sono ai blocchi e alle strozzature del metodo intergovernativo⁹⁶.

Ne consegue un duplice indebolimento – a carico di entrambi i livelli del *multitiered system* – di quella che Fritz Scharpf definisce la legittimità democratica “orientata all'*output*”⁹⁷, basata cioè sulla capacità di offrire soluzioni politiche efficaci nell'interesse comune. Indebolimento comunque pericoloso, ma che alla lunga rischia di danneggiare – in un gioco sempre a somma negativa – più il livello comunitario che quello nazionale, potendo quest'ultimo contare su risorse di legittimità orientate all'*input*

più in generale, G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, *European Integration from the 1980s: State-Centric vs. Multi-Level Governance*, in *JCMS*, 1996, p. 341.

⁹⁵ S. LEIBFRIED, *The Social Dimension of the European Union. En Route to Positively Joint Sovereignty?*, *Zes-Arbeitspapier*, n. 11/94, Universität Bremen, 16, che riadatta la celebre formula di F. W. SCHARPF, *The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration*, in *PA*, 1988, vol. 66, p. 239.

⁹⁶ Cfr. soprattutto i contributi di F. W. SCHARPF: *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, *Jean Monnet Chair Papers*, RSC, n. 28 del 1995 (anche in G. MARKS et al., *Governance in the European Union*, cit., p. 15); *Introduction: The Problem-Solving Capacity of Multi-Level Governance*, in *JEPP*, 1997, pp. 520 ss.; *Economic Integration, Democracy and the Welfare State*, ivi, pp. 18 ss.; *Integrazione negativa e integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *SM*, 1998, n. 1, p. 21 ss. Nella letteratura giuridica, vedi più di recente M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., specialmente pp. 49 ss.

⁹⁷ F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, cit., p. 17.

(basate, cioè, sul senso di appartenenza e di identità collettiva) di cui, almeno allo stato, sarebbe pressoché totalmente sprovvisto il primo.

La causa profonda di questo pericoloso dislivello istituzionale tra integrazione negativa e integrazione positiva dei sistemi nazionali di *Welfare State*⁹⁸ comincia ad essere sempre più insistentemente individuata in quella che Massimo D'Antona ha chiamato "l'anomalia genetica"⁹⁹ del diritto sociale comunitario rispetto alle tradizioni costituzionali degli Stati sociali nazionali (almeno dell'Europa continentale e mediterranea): l'assenza, nella costituzione economica dell'Unione europea soprattutto post-Maastricht, a bilanciamento del principio incondizionato dell'economia aperta e del mercato libero e concorrenziale, "del principio dello Stato sociale o quantomeno della tutela del lavoro"¹⁰⁰.

Il Trattato di Maastricht – con la definitiva rottura del "compromesso funzionalista"¹⁰¹ alla base del processo di integrazione europea – ripropone, così, in termini del tutto inediti, e in modo dirompente, la questione della costituzione economica comunitaria.

Si tratta di una questione la cui soluzione condiziona in maniera determinante il cruciale nodo problematico della legittimità materiale del diritto e delle politiche pubbliche comunitarie. Una buona parte delle ragioni dell'attuale disaffezione popolare verso l'Unione europea, e della nuova fase di acuto *malaise* in cui questa versa con crescente e preoccupante intensità a partire dal 1992¹⁰², trova le sue radici proprio qui¹⁰³.

Non sorprende, pertanto, che i tentativi di affrontare tale questione si collochino al centro dei più recenti sforzi di rilancio del processo di integrazione comunitaria.

Se si accantonano – come un'analisi più attenta induce a fare – almeno gli atteggiamenti di più radicale e negativo scetticismo che hanno circondato la negoziazione e la ratifica del Trattato di

⁹⁸ Che riproduce il più generale *gap* democratico "tra un'integrazione sistemica di economia e amministrazione, realizzantesi sul piano sopra-nazionale, e un'integrazione politica realizzata solo a livello dello stato nazionale": J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, trad. it., Torino, 1992, p. 118.

⁹⁹ M. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *RTDPC*, 1994, pp. 695 ss., specialmente p. 704 (ora anche in ID., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, pp. 325 ss.).

¹⁰⁰ Ivi, p. 697.

¹⁰¹ Ivi, p. 695.

¹⁰² Cfr. in generale le lucide riflessioni di J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., pp. 329 ss.

¹⁰³ Vedi G. AMATO, *Europe needs Europeans*, discorso pronunciato alla Humboldt Universität di Berlino, il 7 maggio 2001 (dattiloscritto).

Amsterdam¹⁰⁴, non può non intravedersi in esso uno sforzo concreto, seppur, certo, ancora parziale e incompleto, volto a riannodare i fili di una possibile risposta positiva ai “problemi di legittimità e di efficacia dell’azione comunitaria”¹⁰⁵ nella dimensione sociale.

La fase del processo di integrazione aperta dal Trattato di Amsterdam appare – in tale ottica – oggettivamente percorsa dal tentativo di ricercare un nuovo equilibrio tra leggi dell’economia e politiche sociali. Si intravede un equilibrio meno sbilanciato in favore della pura integrazione negativa dei mercati e più attento a sollecitare nel livello di governo sovranazionale un ruolo maggiormente positivo nel favorire i necessari processi di ristrutturazione e di riforma degli assetti nazionali di *Welfare State*, coniugando competitività economica e solidarietà sociale. La questione del riequilibrio tra politiche sociali e leggi dell’economia a livello sovranazionale – o, se si vuole riprendere la metafora che dà il a titolo questo studio, del *re-embedding* del mercato europeo ormai unificato – sembra aver così riacquistato tutta la centralità che le spetta.

Col Trattato di Amsterdam, da un lato si rafforza il rilievo oggettivo dei valori sociali nella costituzione comunitaria, e dall’altro – specialmente con il nuovo Titolo sull’occupazione – si riorienta quello che era stato icasticamente definito un approccio “neovolontaristico”¹⁰⁶ a vocazione o, per lo meno, ad effetto essenzialmente deregolativo, verso una più positiva funzione di convergenza dei sistemi di protezione sociale nazionali intorno alle *best practices* europee. Vedremo meglio più avanti il significato e la reale portata di tali innovazioni, ma mette conto di segnalare sin d’ora che esse si sono rivelate, nei fatti, più incisive e promettenti di quanto potesse essere immaginato al loro apparire.

Il Trattato di Nizza – sicuramente deludente sotto importanti profili, *in primis* per non aver del tutto superato le difficoltà legate

¹⁰⁴ È, come noto, molto diffusa – soprattutto tra i primi commentatori – la convinzione che il Trattato di Amsterdam, specie se confrontato con le *successful stories* dell’AUE e del TUE, realizzi risultati modesti, quando non del tutto insufficienti o inadeguati (vedi, anche per ulteriori riferimenti, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., pp. 101 ss.). Ed il giudizio negativo investe, non di rado con toni assai critici, anche gli aspetti relativi alla dimensione sociale. R. BLANPAIN, *The European Union, Employment, Social Policy and the Law*, in ID. (a cura di), *Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam*, The Hague – London – Boston, 1998, pp. 1 ss., figura senz’altro tra i critici più spietati del TA e giunge addirittura a paventare, dopo Amsterdam, la “fine del modello sociale europeo”. Vedi pure *infra*, al par. 12 (testo e note).

¹⁰⁵ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ W. STREECK, *From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in S. LEIBFRIED, P. PIERSON (a cura di), *European Social Policy*, cit., pp. 389 ss., specialmente pp. 423 ss.

alla definizione di un assetto istituzionale adeguato alla sfide poste dal graduale allargamento dell'Unione – ha quantomeno il merito di aver consolidato l'*acquis* sociale del Trattato di Amsterdam, e di aver creato, anzi, nuove opportunità di espansione e di rafforzamento dello stesso. È, del resto, soprattutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata a Nizza, a ribadire con grande forza simbolica la centralità del comune impegno a ricercare proprio nei valori fondanti del modello sociale europeo le più profonde e più solide basi di legittimazione della *polity* comunitaria.

Si tratta, in ogni caso, di una ricerca quanto mai aperta nei metodi e nei possibili esiti finali, che non ha il sapore di un ritorno all'antico, di un vagheggiamento dell'improbabile resurrezione del compromesso sociale e degli stessi equilibri costituzionali del dopoguerra. Essa passa per una profonda rivisitazione del modello sociale europeo e delle forme (oltre che, forse, della stessa idea) di solidarietà, in cui esso ha, sino ad oggi, trovato concreta espressione.

Poste le premesse e tratteggiate le linee argomentative portanti, questa prima parte si svolgerà secondo il seguente ordine: i paragrafi 3-5 descriveranno più in dettaglio i caratteri di quello che si è chiamato il compromesso originario dell'*embedded liberalism*, e cioè quel *mix* tra liberalizzazione economica (essenzialmente commerciale) "esterna", e rigorosa salvaguardia delle funzioni di protezione sociale "interna" dei *Welfare State* nazionali, che informa di sé, con poche differenze di miscelatura, sia il Trattato di Parigi del 1951 che quello di Roma del 1957; i paragrafi da 6 a 11 analizzeranno i principali fattori della rottura di quel compromesso, ed i connessi rischi (ed effetti) di *disembedding* del mercato unico; i paragrafi 12-16 si soffermeranno sulla difficile ricerca – come detto avviata dal Trattato di Amsterdam – di un riequilibrio, nei suoi vari aspetti, tra integrazione negativa e integrazione positiva dei *Welfare State* europei. Nel paragrafo conclusivo verranno discusse alcune delle tendenze e delle direzioni di tale ricerca e dei possibili esiti della stessa nella ridefinizione del modello sociale europeo.

3.- La fortunata immagine manciniana della "frigidità sociale dei padri fondatori"¹⁰⁷ della Comunità non rende, per quanto sin qui anticipato, piena giustizia alla natura composita del compromesso rispecchiato nella costituzione economica europea delle origini.

¹⁰⁷ G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano. Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985*, Padova, 1988, pp. 23 ss., qui p. 33.

Non solo le regole del mercato comune, ove considerate nel loro insieme, non esprimono un modello liberista puro – di “*unfettered liberalism*”¹⁰⁸ –, come pure viene usualmente ripetuto guardando al solo dato formale della indubbia modestia, se non proprio della “miseria”, delle disposizioni sociali del Trattato di Roma, al riguardo addirittura più “freddo” di quello di Parigi. Ma se osservate, come qui suggerito, dal punto di vista del rispetto – questo sì impregiudicato – da queste garantito alla autonomia e alla sovranità sociale degli Stati membri, esse possono addirittura suggerire l’immagine, in qualche modo opposta, o meglio rovesciata, di una forte “*empatia sociale*” dei padri fondatori¹⁰⁹. Una conferma particolarmente eloquente della bontà di tale assunto sarà ricavata, nei paragrafi seguenti, da una rilettura (metodologicamente orientata nel senso qui sostenuto) del documento che fu posto a base della stesura del Trattato di Roma e del quale si può dire che tracciò le “linee-guida”: il Rapporto Spaak¹¹⁰. E, prima ancora, dall’analisi del rapporto sugli aspetti sociali della cooperazione economica europea, redatto, per conto dell’OIL, da un prestigioso gruppo di esperti presieduti da Bertil

¹⁰⁸ In senso analogo, con chiara sottolineatura del carattere “misto” della costituzione economica europea specie delle origini, F. SNYDER, *New Directions in European Community Law*, London, 1990, pp. 63 ss.; W. SAUTER, *The Economic Constitution of the European Union*, in *CJEL*, 1998, n. 4, pp. 27 ss. Occorre del resto tenere presente che alla fine della seconda guerra mondiale il liberismo puro, alla maniera classica, era merce relativamente rara negli stessi ambienti americani, che invano peraltro tentarono di influenzare in senso più decisamente *market-oriented* i trattati CECA e CEE, il primo soprattutto – come si vedrà meglio tra poco – di impronta per certi aspetti decisamente “dirigista” per l’incisività dei poteri conferiti all’Alta Autorità. Vedi J. G. RUGGIE, *International Regimes*, cit., pp. 387 ss.

¹⁰⁹ Per un approccio e per conclusioni nella sostanza non dissimili, cfr. sin d’ora S. DEAKIN, *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law*, cit., pp. 63 ss.; C. BARNARD, S. DEAKIN, *European Community Social Law and Policy: Evolution or Regression?*, in *IRJ - EAR 1997*, a cura di B. Towers e M. Terry, Oxford, 1998, pp. 131 ss., specialmente p. 135. Non va del resto dimenticato che – benché appartenenti a famiglie e tradizioni politiche diverse – i protagonisti politici nazionali dell’avvio dell’integrazione europea condividevano in varia misura una forte attenzione per i temi della protezione sociale e del lavoro (cfr. A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 318 ss., specialmente p. 337). Lo stesso Monnet, l’inventore del “metodo comunitario”, praticamente negli stessi anni in cui attendeva al progetto sovranazionale, si occupava, nel suo paese, dei piani pubblici per la modernizzazione dell’economia francese. Fu lui a inventare “il termine e la nozione di economia concertata” (J.-P. THOMAS, *Le politiche*, cit., p. 104).

¹¹⁰ Una sorta di “Libro Bianco” del Trattato CEE, come lo definisce incisivamente P. DAVIES, *The Emergence of European Labour Law*, in W. McCARTHY (a cura di), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Loses*, Oxford, 1992, pp. 313 ss., qui p. 319.

Ohlin¹¹¹. Rapporto nel quale le idee raccolte e presentate in forma sintetica dal Comitato Spaak ricevettero, per così dire, un più compiuto e diffuso svolgimento sul piano sistematico e teorico, e che appare, perciò, particolarmente utile e interessante ai fini della nostra indagine.

Qui conviene tuttavia partire – non foss’altro che per un’esigenza di doveroso rispetto della esatta sequenza storica degli eventi – dal Trattato di Parigi. Fu questo, infatti, nel 1951, a porre la prima base della costruzione comunitaria: quella pietra fondativa sulla quale Jean Monnet, con passione e raziocinio, aveva puntato per dare l’abbrivio ad un processo che nelle sue intenzioni – e nelle baldanzose convinzioni dei teorici del neofunzionalismo¹¹² – sarebbe dovuto sfociare – per progressive, naturali estensioni di tipo “incrementale” ai settori funzionalmente collegati – nel più generale e profondo esito integrativo della unità politica europea. È opinione diffusa che il Trattato CECA – nel delineare la complessa intelaiatura giuridico-istituzionale che avrebbe dovuto guidare l’integrazione economica nei due settori all’epoca più importanti per la ripresa e lo sviluppo dell’economia europea – esibisse una sensibilità decisamente più spiccata di quello CEE per i temi sociali.

Gérard e Antoine Lyon-Caen hanno significativamente parlato, al proposito, di un liberalismo “meno dogmatico”¹¹³ di quello che avrebbe ispirato – sei anni più tardi – la redazione del Trattato CEE. Brian Bercusson si spinge oltre, e vede nel Trattato CECA l’accoglimento di un modello di intervento sociale addirittura contrastante con quello recepito dal Trattato CEE. Il primo avrebbe infatti accolto un’innovativa idea di politica attiva del lavoro e di coinvolgimento delle parti sociali nella regolazione dei relativi profili, mentre il secondo avrebbe aderito – pochi anni dopo – ad una strategia di puro “*laissez-faire* neolibérale”, strategia chiaramente percepibile nella pressoché totale assenza – al suo interno – di disposizioni in tema di politica sociale e di diritto del lavoro¹¹⁴.

Vedremo meglio in seguito come tale visione radicalmente dicotomica delle opposte strategie che sarebbero state accolte dai due trattati in materia sociale e del lavoro forzi oltre misura un *cliché* largamente smentito dalla sostanziale convergenza delle

¹¹¹ Vedi *Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts*, Geneva, 1956. Una sintesi ufficiale del rapporto Ohlin fu pubblicata nella *ILR*, 1956, vol. LXXIV, n. 2, p. 99 ss.; è ad essa che si farà riferimento nel paragrafo successivo, allorché il rapporto sarà esaminato in dettaglio.

¹¹² Doveroso il richiamo della classica opera di E. B. HAAS, *The Uniting of Europe: Political Social and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford, 1958.

¹¹³ Così nell’ottava edizione del loro *Droit social international et européen*, Paris, 1993, p. 160.

¹¹⁴ B. BERCUSSON, *European Labour Law*, London, 1996, pp. 44-45.

assunzioni e delle opzioni normative accolte nei due casi dai loro negoziatori¹¹⁵. Essa non sembra, d'altra parte, plausibilmente sostenibile sul piano storico¹¹⁶.

Il Trattato di Parigi esibisce, in materia sociale, rispetto a quello di Roma, come del resto chiariscono Gérard e Antoine Lyon-Caen¹¹⁷, una differenza piuttosto di grado e di quantità, che non di sostanza e di qualità. Le idee e le strategie di fondo non erano, né potevano essere, in realtà, così cambiate nei sei anni che separano la stipula dei due trattati. Erano (parzialmente) diversi, semmai, gli strumenti previsti per la loro attuazione.

Il maggior elemento di continuità che lega i due trattati lungo gli stretti e scivolosi crinali dell'*embedded liberalism* deve essere individuato nel comune atteggiamento dai medesimi assunto in ordine ai rapporti tra concorrenza nel mercato comune (settoriale e generale) e politiche sociali nazionali. Si tratta, come è evidente, di un tema centrale, che verrà ampiamente ripreso nel corso della trattazione, e che troverà il suo necessario approfondimento sistematico soprattutto nella parte seconda di questo studio, ma sul quale occorre fare luce sin d'ora.

La norma chiave – a torto trascurata a motivo della sua pratica inapplicabilità¹¹⁸ – è in tal senso rappresentata dall'art. 68 del Trattato CECA¹¹⁹. Il Trattato CEE non contiene una norma generale dello stesso tenore; ma ciò non toglie che l'impianto di fondo dello stesso riflettesse i medesimi principi e si ispirasse – come vedremo – alla medesima filosofia professata *ore rotundo* dai padri fondatori coll'art. 68 del Trattato di Parigi.

La norma – dalla struttura assai articolata e complessa – inaugura il Capo VIII del Titolo III, dedicato a salari e spostamenti di mano d'opera, e si pone in stretta e naturale concatenazione con le disposizioni in materia di concorrenza nel mercato comune del carbone e dell'acciaio. Essa segue, infatti, l'unico articolo che compone il Capo VII, recante, segnatamente, la disciplina delle

¹¹⁵ Negoziatori che – *per incidens* – fisicamente coincidono pressoché per intero nei due casi.

¹¹⁶ Cfr. soprattutto A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 46 ss.

¹¹⁷ *Droit social*, cit., pp. 161 ss.

¹¹⁸ Trattandosi, come vedremo, di una disposizione di natura sostanzialmente sanzionatoria – ovvero, nel linguaggio della teoria del diritto, di una “norma secondaria” –, la sua pratica inapplicabilità non sta, ovviamente, a significarne – di per sé – l'ineffettività. Il fatto che la sanzione non sia stata concretamente applicata, può, tutto all'opposto, indicare la piena effettività del precetto primario cui la norma è strumentale. E in tal caso, sembra proprio questa la lettura più corretta.

¹¹⁹ Su di essa, oltre a G. e A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., pp. 162-163, vedi più diffusamente A. MERIC, *Aspects sociaux de la CECA*, in *DS*, 1954, pp. 552 ss., e soprattutto L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all'art. 68*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, cit., vol. II, pp. 959 ss.

violazioni delle condizioni di concorrenza attuate con "provvedimento d'uno Stato membro"¹²⁰.

Il primo comma fissa il principio cardine e lo scopo basilare della disposizione: "I modi di determinazione dei salari e delle prestazioni sociali in uso nei diversi Stati membri non sono pregiudicati [*i. e. non devono essere pregiudicati: n. d. r.*], per quanto concerne le industrie del carbone e dell'acciaio", dalla applicazione delle disposizioni del Trattato medesimo. Gli Stati membri – e prima ancora le organizzazioni sindacali nazionali – debbono conservare la loro piena autonomia quanto a modi, forme e contenuti della determinazione dei salari e della regolazione dei rispettivi sistemi previdenziali. Gli Stati membri mantengono perciò inalterata la loro competenza in materia e le parti sociali vedono parimenti preservata la loro autonomia, nei limiti in cui questa venga riconosciuta nei singoli ordinamenti nazionali. In sintesi, è preservata la piena "sovranità sociale degli Stati membri"¹²¹.

Il nuovo regime concorrenziale, posto dal Trattato a fondamento della creazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio, non deve perciò in alcun modo interferire con tale basilare principio. Se, dunque, come verrà più circostanziatamente ribadito nel Trattato di Roma, un sistema generale di armonizzazione delle condizioni di lavoro e dei sistemi di protezione sociale non è – almeno in linea di principio – necessario o utile, anche perché rappresenterebbe inevitabilmente una soluzione *second best* rispetto alla regola della piena autonomia degli Stati membri, ciò non toglie, tuttavia, che la Comunità non possa e non debba intervenire quando l'apertura del mercato comune induca a comportamenti distorsivi della concorrenza capaci di minacciare la tenuta dei presupposti di fatto di quella autonomia.

È quanto prevedono espressamente i commi 2 e seguenti dell'art. 68 nello sciogliere la "riserva", cioè l'eccezione al principio della piena autonomia/sovranità sociale degli Stati membri, contenuta nel richiamato primo comma della disposizione. Ma si tratta, per l'appunto, di un'eccezione solo apparente, giacché in essa – come si è ben avvertito – è anzi contenuta e ribadita "l'essenza della disposizione ora in esame"¹²².

Quelle "eccezioni" limitano, infatti, come vedremo tra un istante, l'autonomia degli Stati membri solo al fine di proteggerla e di tutelarla meglio nella sua essenza. Esse sono intese a impedire che il mercato comune – e la nuova, più aspra dinamica concorrenziale che esso potenzialmente accende – diano adito a distorsive forme

¹²⁰ A commento di tale articolo, vedi sin d'ora G. OLIVIER, in *Trattato*, cit., pp. 944 ss.

¹²¹ Così, ancora G. e A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., p. 162.

¹²² L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all'art. 68*, cit., p. 961.

di *dumping* sociale, costringendo anche i *partners* più virtuosi – cioè gli Stati membri coi più elevati livelli retributivi e di tutela previdenziale – a ingaggiare una rovinosa corsa verso il basso, inevitabilmente lesiva della loro autonomia (oltre che, ovviamente, delle condizioni sociali di vita e di lavoro della mano d'opera occupata).

La concorrenza è lecita purché non si risolva in forme di *dumping* sociale: non abbia, cioè, ad oggetto – al di fuori di circostanze del tutto eccezionali – le condizioni relative al costo diretto o indiretto del lavoro, a detrimento delle “classi lavoratrici”¹²³. La creazione del mercato comune del carbone dell'acciaio si propone, infatti, l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico che contribuiscano all'effettivo miglioramento del tenore di vita dei lavoratori europei¹²⁴.

L'aumento della dinamica competitiva deve perciò essere accompagnato da precise misure tendenzialmente dirette al livellamento e al pareggiamento *verso l'alto* delle condizioni di concorrenza quanto al costo della forza lavoro. Per questo, le disposizioni sociali contenute nel Trattato istitutivo della CEE si aprono con una norma recante la “regolamentazione della concorrenza, nell'ambito del settore del carbone e dell'acciaio, dal punto di vista del costo della mano d'opera”¹²⁵.

La prima delle “riserve” contemplate dall'art. 68 del Trattato è destinata a operare nel caso in cui una o più imprese abbiano adottato prezzi anormalmente bassi che siano dovuti a “salari fissati da queste imprese ad un livello anormalmente basso rispetto al livello dei salari praticati nella medesima regione”. In tal caso, l'Alta Autorità, quando riconosce una diretta correlazione tra livello anormalmente basso di prezzi e retribuzioni, rivolge alle imprese interessate le “raccomandazioni necessarie”¹²⁶, sentito il parere del Comitato consultivo¹²⁷. Il potere-dovere d'intervento dell'Alta Autorità resta lo stesso nell'ipotesi in cui prezzi e salari

¹²³ F. DURANTE, *Introduzione agli articoli 68-69*, in *Trattato*, cit., pp. 952 ss., specialmente p. 957.

¹²⁴ Cfr. quanto osservano D. DEL BO, *Natura ed esercizio del potere sopranazionale nel Trattato CEE*, R. MONACO, *Commento al Preambolo del Trattato*, e G. OLIVIER, *Commento all'articolo 2*, in *Trattato*, cit., rispettivamente pp. 3, 30 e 70 ss.

¹²⁵ L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all'art. 68*, cit., p. 960.

¹²⁶ È bene ricordare che nell'ambito del sistema CEE le “raccomandazioni”, a differenza di quanto vale per le omonime misure previste dall'attuale art. 249 (già art. 189) del TCE, hanno (*rectius*: avevano) un carattere giuridicamente vincolante nei confronti dei loro destinatari quanto agli scopi, pur lasciando libertà di azione quanto ai mezzi atti al conseguimento dei medesimi; vedi ancora L. RIVA SANSEVERINO, *op. ult. cit.*, p. 964.

¹²⁷ E – come per tutte le altre ipotesi di seguito considerate – comunque dopo aver consultato il Consiglio, salvo solo il caso che la raccomandazione debba essere rivolta a imprese di modesta importanza (art. 68.5).

anormalmente bassi risultino da decisioni governative, sottoipotesi evidentemente contemplata in relazione all'evenienza che a operare nel veduto senso siano imprese pubbliche o nazionalizzate del settore del carbone o dell'acciaio. L'unica differenza è che in questo caso l'organo sovranazionale avrebbe dovuto previamente consultare il governo interessato ed eventualmente raggiungere con esso un accordo, fermo, comunque, il potere finale di rivolgere una "raccomandazione".

Il potere di intervento dell'autorità è quindi molto ampio, estendendosi a tutto ciò che essa possa ritenere necessario al fine di ripristinare eque condizioni di concorrenza, attraverso il ritorno a salari normali, cioè in linea col livello di quelli regolarmente praticati nella regione.

È evidente, in quest'ottica, la "decisiva importanza"¹²⁸ attribuita indirettamente dalla norma alla funzione di limitazione e di fissazione di eque condizioni di concorrenza propria della contrattazione collettiva. In sostanza, infatti, "l'ipotesi che prezzi anormalmente bassi possano essere praticati in virtù di retribuzioni anormalmente basse corrisposte da una o più imprese, può verificarsi solo nel caso che tali imprese siano al di fuori del campo di applicazione di una disciplina sindacale delle condizioni di lavoro e di retribuzione; in altri termini, la presenza di una disciplina sindacale applicabile e applicata [...] costituisce già il presupposto necessario e sufficiente perché le retribuzioni non discendano al di sotto di un determinato livello"¹²⁹.

Non pare perciò improprio leggere nella disposizione non solo un indiretto riconoscimento del necessario ruolo della contrattazione collettiva, ma anche un'implicita preferenza per meccanismi di sostegno e di estensione degli effetti del contratto collettivo, nei termini all'epoca divisati, sia pure in base a presupposti ed in forma diversi, praticamente da tutti gli ordinamenti sindacali degli Stati fondatori della CECA.

Un'ulteriore ipotesi di intervento dell'Alta Autorità viene calibrata dall'art. 68.3 in relazione non a situazioni individuali di una o più imprese (private o pubbliche), ma a vicende riguardanti la situazione economica generale. Viene infatti contemplata la ben più rilevante ipotesi in cui – a seguito dell'apertura del mercato comune del settore – "un ribasso dei salari cagion[i], insieme, un peggioramento del tenore di vita della mano d'opera e [sia] impiegato come mezzo d'adeguamento economico permanente delle imprese o di concorrenza tra le imprese".

In tal caso, l'Alta Autorità rivolge all'impresa o al governo interessato, sentito il parere del Comitato consultivo, "una

¹²⁸ L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all'art. 68*, cit., p. 961.

¹²⁹ *Ibidem*.

raccomandazione al fine di assicurare a carico delle imprese benefici alla mano d'opera che compensino questo ribasso".

Nella norma viene in certo senso epitomata l'essenza della filosofia che ispira la costruzione del mercato comune del carbone e dell'acciaio: il rispetto delle nuove regole sovranazionali di concorrenza e di libera circolazione dei fattori produttivi non deve comportare – e comunque non può in linea di principio giustificare – un aggiustamento economico permanente della reciproca posizione concorrenziale delle imprese nazionali, che sia basato sull'abbassamento del costo del lavoro e sulle riduzioni salariali. I lavoratori devono rimanere in ogni caso indenni e godere – in un'ipotesi del genere – di benefici compensativi posti a carico delle imprese, i quali annullino gli effetti della riduzione salariale e della conseguente contrazione del tenore di vita, ponendosi ad un tempo come giusta contropartita del vantaggio competitivo conseguito dalle imprese datrici di lavoro.

La regola in esame non trova applicazione – per espressa disposizione dello stesso art. 68.3 – soltanto in casi eccezionali e tassativamente individuati. Si tratta anzitutto del caso in cui l'aggiustamento economico in parola consegua a provvedimenti generali disposti da uno Stato membro per ristabilire il proprio equilibrio esterno, senza pregiudizio, peraltro, in tale evenienza, dell'eventuale applicazione dell'art. 67 del Trattato.

Tale ultima disposizione concede, in generale, rilevanti poteri di intervento alla Alta Autorità ogni volta che un provvedimento d'uno Stato membro sia capace di cagionare "una notevole ripercussione sulle condizioni di concorrenza tra le industrie del carbone e dell'acciaio", stabilendo, all'uopo, in primo luogo, un obbligo di comunicazione in capo al governo interessato.

Essa prevede, poi, più in particolare, che se il provvedimento in questione importa effetti dannosi per le imprese del settore, l'Alta Autorità possa autorizzare lo Stato membro a concedere loro un aiuto il cui ammontare, le cui condizioni e la cui durata sono fissati d'accordo con essa. Aggiungendo che tali disposizioni si applicano anche nel caso di variazione dei salari e delle condizioni di lavoro che abbiano i medesimi effetti, anche se esse non risultino da un provvedimento dello Stato¹³⁰.

Le altre deroghe, stavolta del tutto "fisiologiche", alla disposizione di cui all'art. 68.3, riguardano, infine, le ipotesi in cui i ribassi dei salari siano cagionati da un abbassamento generale del costo della vita ovvero correggano rialzi anormali, intervenuti anteriormente in circostanze eccezionali che hanno nel frattempo esaurito i loro effetti.

¹³⁰ Su tutto, vedi, più in dettaglio, G. OLIVIER, *Commento all'articolo 67*, cit., pp. 945 ss.

Il comma 5 dell'art. 68 torna invece a precisare in positivo contenuto e ambito applicativo della regola, e lo fa raccordandosi ancora espressamente alle previsioni del precedente art. 67. Esso stabilisce che quando uno Stato membro modifichi le proprie disposizioni concernenti il finanziamento della previdenza sociale o dei mezzi di lotta contro la disoccupazione e i suoi effetti – ipotesi, queste, entrambe parificate a quella della variazione dei livelli retributivi¹³¹ –, l'Alta Autorità tornerà ad avere il potere di applicare le già viste disposizioni dell'art. 67. Potrà, cioè, autorizzare il versamento di sussidi da parte dei singoli Stati, precisandone i termini e i modi, come anche rivolgere tutte le raccomandazioni ritenute necessarie, sempre al fine di ripristinare condizioni eque di concorrenza che non siano pregiudizievoli per i livelli di tutela garantiti ai lavoratori interessati.

Le raccomandazioni che l'Alta Autorità ha il potere di rivolgere alle imprese sono in ogni caso munite di una pesante sanzione, consistente nel potere dell'organismo sopranazionale d'infliggere ammende e penalità di mora fino a un massimo pari al doppio delle economie da queste indebitamente conseguite sul costo della mano d'opera (art. 68.6).

Come potremo meglio apprezzare nei paragrafi successivi, già il Trattato CECA – non diversamente da quello di Roma – concepisce dunque la politica sociale sovranazionale in termini restrittivi ed essenzialmente in funzione strumentale alla corretta regolazione dei processi di mercato.

L'art 68 ha difatti una chiara valenza *antidumping* e non contempla autentiche competenze sociali della CECA. Queste sono, al contrario, gelosamente custodite dentro il perimetro delle sovranità sociali degli Stati membri.

Lo strumentario offerto dall'art. 68 è sotto tale profilo meno invasivo di quello potenzialmente previsto dal Trattato CEE. Sia il Trattato di Parigi che quello di Roma escludono, di per sé, la necessità di una preventiva armonizzazione dei meccanismi di protezione sociale in funzione della parificazione *ex ante* dei costi (soprattutto indiretti) di impiego della mano d'opera. Però il Trattato di Roma è decisamente più aperto di quello di Parigi all'ipotesi che – sia pure eccezionalmente – interventi armonizzatori in campo sociale debbano essere messi in atto per correggere dinamiche distorsive o negative del processo concorrenziale transnazionale (artt. 117 e 100). Il Trattato CECA esclude, invece, pressoché integralmente lo strumento dell'armonizzazione e contempla un meccanismo generale di ripristino di eque condizioni di concorrenza in termini di costo del lavoro destinato piuttosto ad operare all'interno dei singoli sistemi,

¹³¹ Vedi di nuovo L. RIVA SANSEVERINO, *Commento all'art. 68*, cit., p. 964.

riportandoli al livello di tutela sociale considerato per essi normale¹³².

Il fondamentale *trait d'union* dei due trattati consiste in ogni modo nella ferma affermazione del principio della piena autonomia/sovranità sociale degli Stati membri nella certezza che questa sia in tutti i sistemi nazionali mossa da dinamiche ascensionali e acquisitive – tendenti alla parificazione nel progresso, come chiarirà espressamente l'art. 117 del Trattato CEE – agevolate e amplificate, nei loro effetti, dalla costruzione del mercato comune (prima settoriale, poi generale).

Che uno degli obiettivi principali del Trattato di Parigi fosse il rafforzamento delle istituzioni del *Welfare State* nazionale è, ad ogni buon conto, esemplarmente disvelato anche dall'insieme delle disposizioni dirette ad "ammortizzare" e a rendere indolori – sul piano sociale – gli effetti degli inevitabili processi di ristrutturazione industriale nel settore del carbone e dell'acciaio. Queste hanno anzi avuto, a differenza di quelle sopra esaminate, un ruolo effettivo di primissimo rilievo, consentendo ad esempio a un paese come il Belgio di realizzare – a fronte dell'inarrestabile declino dell'industria del carbone a partire dalla fine degli anni Cinquanta – politiche di intervento e di protezione sociale altrimenti difficilmente sostenibili sul piano individuale, quantomeno per l'ampiezza e la generosità che le caratterizzarono¹³³.

Si tratta degli strumenti di intervento sociale più noti e più frequentemente ricordati della CECA.

¹³² Nel Trattato CEE un meccanismo di carattere generale del genere è assente, anche se non mancano – in ambiti più ristretti – strumenti che si possano considerare funzionalmente equivalenti o quantomeno comparabili. Tale può essere per esempio considerato quello previsto dal "Protocollo relativo a talune disposizioni riguardanti la Francia", avente ad oggetto, nella sua parte seconda, la retribuzione delle ore di lavoro straordinario. Il Protocollo – al pari dell'art. 68 del Trattato CECA, mai concretamente invocato – prevedeva che qualora al termine della prima tappa del mercato comune il limite oltre il quale erano retribuite le ore di lavoro straordinario ed il tasso medio di maggiorazione per tali ore non avessero corrisposto a quelli in vigore nell'industria francese nel 1956, la Commissione potesse autorizzare la Francia ad adottare – nei confronti dei settori industriali penalizzati – misure di salvaguardia di cui l'esecutivo comunitario avrebbe definito le condizioni e le modalità. L'ipotesi del *dumping* sociale o salariale restava, per contro, esclusa dal campo di applicazione dell'art. 91 del Trattato di Roma, a norma del quale – come noto – qualora, durante il periodo transitorio, la Commissione, a richiesta d'uno Stato membro o di qualunque altro interessato, avesse constatato l'esistenza di pratiche di *dumping* all'interno del mercato comune, avrebbe dovuto rivolgere una raccomandazione ai loro autori, autorizzando, in caso di persistenza, misure di protezione da parte dei paesi colpiti. Cfr. A. PAPPALARDO, *Commento all'articolo 91*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, vol. II, Padova, 1965, pp. 702 ss., sul punto p. 704.

¹³³ Vedi A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., specialmente pp. 113 ss.

Del principio della continuità dell'impiego posto a base delle previsioni di cui all'art. 56 del Trattato, nel testo novellato nel 1960¹³⁴, viene giustamente sottolineata la grande modernità e la sostanziale "novità"¹³⁵ d'impostazione. Esso adatta e ammoderna sul piano transnazionale uno dei più basilari obiettivi della norma protettiva di diritto del lavoro – quello della stabilità dell'impiego – trasladolo in quello, diverso ma non per questo contrapposto¹³⁶, della continuità di reddito e di risorse nel passaggio (garantito e agevolato) da un'occupazione a un'altra.

Per il caso che nel quadro dei generali obiettivi della CECA l'introduzione di processi tecnici o di nuovi impianti avesse per conseguenza una riduzione di importanza eccezionale del fabbisogno di mano d'opera nell'industria del carbone e dell'acciaio, che a sua volta avesse determinato in una o più regioni particolari difficoltà di reimpiego delle forza lavoro eccedentaria, l'Alta Autorità, a richiesta dei governi interessati, avrebbe innanzi tutto potuto facilitare – con investimenti e aiuti finanziari – i programmi destinati alla "creazione di nuove attività economicamente sane e in grado di assicurare il reimpiego della mano d'opera resa disponibile" (così la lettera *b* dell'art. 56.1). E poi – su di un più immediato piano di politica sociale – avrebbe potuto concedere una sovvenzione a fondo perduto ai governi nazionali per contribuire: "– al versamento di indennità che permettano alla mano d'opera di attendere il reimpiego; – all'attribuzione ai lavoratori di indennità per spese di nuova sistemazione; – al finanziamento della riqualificazione professionale dei lavoratori che devono mutare occupazione" (art. 56.1, lettera *c*).

Si trattava, all'evidenza, di una gamma piuttosto ampia di prestazioni sociali, comprendente indennità di attesa, di nuova

¹³⁴ Vedi E. REUTER, *Commento all'articolo 56*, in *Trattato*, vol. II, p. 726 ss.

¹³⁵ G. e A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., p. 161.

¹³⁶ Come sembra voler invece suggerire B. BERCUSSON, *European Labour Law*, cit., p. 45. Del resto, l'art. 58 del Trattato CECA contempla una fattispecie di intervento che si inquadra direttamente nell'ambito del principio della *stabilità dell'impiego*, ovvero della "continuità del posto di lavoro" nella *medesima* impresa (G. OLIVIER, *Commento all'articolo 2*, cit., p. 48). La norma prevede, infatti, che in presenza di una crisi congiunturale manifesta che rischi di provocare una disoccupazione temporanea, l'Alta Autorità possa stabilire un regime di quote di produzione, regolando, segnatamente, il saggio di produzione delle aziende mediante imposizioni adeguate sulle quantità eccedenti un limite di riferimento fissato con decisione generale. Orbene, ex art. 58.3, "le somme così ricavate sono destinate alla sovvenzione delle imprese il cui ritmo produttivo si sia rallentato al disotto del limite fissato, allo scopo, segnatamente, di assicurare per quanto possibile il *mantenimento dell'occupazione in queste imprese*" (corsivo mio). Non – quindi – mera continuità, ma mantenimento dell'occupazione, cioè conservazione, nei limiti del possibile, del posto di lavoro posseduto. Sulla norma, vedi meglio P. GORI, *Commento all'articolo 58*, in *Trattato*, vol. II, pp. 748 ss.

sistemazione e di riqualificazione professionale¹³⁷, cui i governi nazionali generosamente attinsero soprattutto (ma non solo) nei lunghi anni dello smantellamento dell'industria dell'estrazione e della lavorazione del carbone¹³⁸.

La preoccupazione del mantenimento dei livelli occupazionali e di adeguate garanzie sociali per i lavoratori che avessero dovuto rimanere transitoriamente disoccupati a causa dei processi di ristrutturazione industriale nel mercato comune del carbone e dell'acciaio è, comunque, una costante del Trattato CECA e ispira numerose altre misure, rappresentando in qualche modo un limite e un temperamento generale alle norme in materia di concorrenza e – in specie – alle disposizioni in tema di divieto di aiuti di Stato¹³⁹.

È più in generale l'intera disciplina della libertà di circolazione dei fattori produttivi e della concorrenza – certamente al centro della creazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio – a dover fare i conti con una accentuata cultura inerventista, che trova estese manifestazioni nel Trattato, particolarmente evidenti nell'ampiezza dei poteri discrezionali conferiti all'uopo all'Alta Autorità¹⁴⁰.

Il regime di concorrenza divisato dal Trattato di Parigi non può, perciò, non apparire, specie in considerazione dei rilevanti poteri di controllo e di amministrazione dei prezzi "correnti" nel mercato comune attribuiti all'Alta Autorità¹⁴¹, un sistema di concorrenza del tutto "imperfetta"¹⁴², essa stessa strumentale e adattabile al raggiungimento di diversi obiettivi di politica industriale¹⁴³.

¹³⁷ Rinvio ancora a E. REUTER, *Commento all'art. 56*, cit., pp. 730 ss., per una più puntuale illustrazione delle diverse tipologie e del contenuto delle singole prestazioni previste dall'art. 56 del Trattato.

¹³⁸ Il caso del Belgio – minuziosamente ricostruito da A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., cap. 3, di cui vedi in estrema sintesi p. 116 –, per quanto particolarmente importante e significativo, non è, ovviamente, il solo. Utili indicazioni sulle complessive dimensioni quantitative del fenomeno vengono fornite "in pillole" pure da B. BERCUSSE, *European Labour Law*, cit., p. 46.

¹³⁹ Tra le principali deroghe al divieto di aiuti di Stato rientrano, come si ricorderà, quelle – già viste – di cui all'art. 67 del Trattato; vedi G. OLIVIER, *Commento all'articolo 4*, in *Trattato*, cit., vol. I, p. 77 ss., sul punto p. 84.

¹⁴⁰ Ampiezza di poteri che manifestava tratti di autentico "dirigismo", come veniva spesso all'epoca lamentato in alcuni ambienti economici: vedi A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., p. 80. L'Alta Autorità – come ricorda compendiosamente L. TSOUKALIS, *La nuova economia europea*, cit., p. 30 – aveva, tra gli altri, il potere di "imporre tasse, di influenzare le decisioni relative agli investimenti e anche di imporre prezzi minimi e contingentamenti in periodi, rispettivamente, di crisi "imminente" e "manifesta". Walter Hallstein si riferiva al sistema economico istituito dal trattato di Parigi come ad un sistema di "concorrenza regolata", e ciò era chiaramente molto diverso dall'ordine liberista sognato dalle amministrazioni statunitensi postbelliche".

¹⁴¹ Vedi in linea generale l'art. 3, lett. c, del Trattato CECA.

¹⁴² G. OLIVIER, *Commento all'art. 2*, in *Trattato*, cit., pp. 46-47.

¹⁴³ Vedi D. DEL BO, *Natura ed esercizio*, cit., pp. 20 ss.

È – in sintesi – l'intera ossatura della CECA ad oscillare tra concorrenza e dirigismo e a lasciarsi, per questo, meglio rappresentare in termini di tipo economico misto, di esperimento di *Welfare Economics* su scala regionale¹⁴⁴.

4.- “La pubblica missione dei trattati di Roma di migliorare il livello dei sistemi di *Welfare* portandoli al medesimo piano di quelli più generosi – ha scritto Alan Milward – ripeteva gli scopi già accolti dal Trattato di Parigi per le stesse ragioni [...]. I trattati di Roma dovevano ugualmente costituire un contrafforte esterno dello Stato sociale nazionale [*an external buttress to the welfare state*]”¹⁴⁵.

Si tratta di parole che illuminano una dimensione essenziale del Trattato istitutivo della CEE, una dimensione erroneamente sottovalutata da quanti individuano in esso unicamente un progetto neoliberale di apertura progressiva dei mercati nazionali, con poche, e affatto accessorie e soltanto ancillari, garanzie sociali in favore dei (soli) partecipanti al processo.

La protezione dei sistemi nazionali di *Welfare State* costituì una preoccupazione non minore dei padri fondatori della CEE. Il rapporto ufficialmente presentato a Venezia i giorni 29 e 30 maggio del 1956 ai ministri degli Affari esteri dei Sei dal Comitato presieduto da Paul-Henri Spaak mostra molto chiaramente questa preoccupazione e questa finalità di fondo del futuro Trattato CEE¹⁴⁶.

Ma tale preoccupazione emerge non meno chiaramente dal rapporto redatto dal gruppo di esperti formalmente incaricati dall'ONU, in qualche modo a supporto “tecnico” del lavoro essenzialmente “politico” del Comitato Spaak, al fine di studiare in via sistematica le implicazioni sociali dell'integrazione economica europea. È da questo influente rapporto che pare perciò più utile prendere le mosse per dare un contenuto più circostanziato al significato della citazione con la quale si è voluto aprire questo paragrafo.

Il Rapporto Ohlin¹⁴⁷ s'ispira ad una visione soffusamente neoliberale – moderata e per nulla dogmatica – della teoria del commercio internazionale, della quale il suo primo estensore è

¹⁴⁴ Cfr. in questi termini ancora G. OLIVIER, *Commento all'art. 2*, cit., specialmente pp. 43 ss., nonché ID., *Commento all'articolo 3*, ivi, pp. 52 ss., e in particolare p. 67, ove l'autore parla appunto di “economia del benessere” (*Welfare Economics*) riferendosi in specie all'art. 3, lett. c, del Trattato CECA.

¹⁴⁵ *The European Rescue*, cit., p. 216.

¹⁴⁶ Cfr., diffusamente, sempre A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 211 ss.

¹⁴⁷ Vedi *retro*, nota 111.

stato, come noto, uno dei massimi cultori dell'epoca¹⁴⁸. La teoria ricardiana del vantaggio comparativo – che resta la base della giustificazione del principio del libero scambio internazionale¹⁴⁹ – viene in esso temperata e rimodellata in funzione delle esigenze d'un processo d'integrazione regionale chiaramente concepito come forma di cooperazione tra Stati sociali nazionali che – autonomi nella conduzione delle loro politiche macroeconomiche di benessere¹⁵⁰ – si riaprono, in vista dei suoi fondamentali benefici, al commercio con l'estero¹⁵¹.

Del Rapporto Ohlin (come di quello Spaak) viene comunemente posto in risalto il ruolo marginale e dichiaratamente strumentale, rispetto alle esigenze relative alla creazione e al buon funzionamento del mercato comune, da esso assegnato *al livello sovranazionale* delle politiche sociali in genere e della regolazione dei rapporti di lavoro in particolare¹⁵². Non viene invece di solito adeguatamente sottolineato il riconoscimento – per lo più implicito ma non per ciò meno netto – del fondamentale ruolo protettivo dallo stesso riservato *al livello di governo nazionale* nell'assicurare elevati *standard* di protezione sociale. Quando è proprio questa la preoccupazione principale del Rapporto Ohlin: appunto la garanzia del mantenimento (e della progressiva espansione) di evoluti e autonomi sistemi di tutela sociale *all'interno dei paesi membri*, quale indispensabile condizione dell'integrazione economica europea.

In effetti, come ben noto, il Rapporto esclude in maniera piuttosto netta che – salvo che per casi relativamente eccezionali e minori – la creazione di un mercato comune esiga la previa armonizzazione

¹⁴⁸ Il suo contributo alla teoria del commercio internazionale rimane a tutt'oggi fondamentale: vedi E. F. HECKSHER, B. OHLIN, *Heckscher-Ohlin Trade Theory*, a cura e con un'introduzione di H. Flam e M. J. Flanders, Cambridge, Massachussets, 1991. Non sembra fuori luogo ricordare qui – per dare il senso dello specifico clima politico-culturale nel quale era immerso il Gruppo d'esperti dell'OIL – che il membro italiano dello stesso era quel Pasquale Saraceno che sarebbe stato uno dei principali artefici della programmazione dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno. La cultura più spintamente dirigista del membro francese del Gruppo, Maurice Byé, traspare, per altro verso, ancor più chiaramente dall'opinione (parzialmente) dissenziente che egli volle allegare al Rapporto.

¹⁴⁹ Vedi J. G. RUGGIE, *International Regimes*, cit., p. 399.

¹⁵⁰ Vedi A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe*, cit., p. 43.

¹⁵¹ Cfr., in tale prospettiva, J. PELKMANS, *The Process of Economic Integration*, Tilburg, 1975.

¹⁵² Vedi, per tutti, a mero titolo d'esempio, più di recente, A. SAPIR, *Trade Liberalization and the Harmonization of Social Policies: Lessons from European Integration*, in J. BHAGWATI, R. E. HUDE (a cura di), *Fair Trade and Harmonization. Prerequisite for Free Trade?*, vol. 1, *Economic Analysis*, Cambridge, Massachussets, 1996, pp. 543 ss.; C. BARNARD, *EC "Social" Policy*, in P. CRAIG, G. DE BÜRCA (a cura di), *The Evolution of EC Law*, Oxford, 1999, pp. 479 ss.

delle legislazioni sociali e del lavoro degli Stati membri. Le differenze, anche notevoli, “nel livello generale delle retribuzioni e degli oneri sociali tra i diversi paesi – si spiega infatti nel Rapporto¹⁵³ – riflettono in linea di massima le differenze nella produttività”. Ed infatti, “dove la produttività è alta in quanto il paese possiede ricche risorse naturali, capitali in abbondanza, imprenditori efficienti e dirigenti e lavoratori ben preparati, il livello generale delle retribuzioni, come degli altri redditi, tende pure ad essere alto”¹⁵⁴. La libera circolazione dei fattori della produzione – assicurata dalla creazione del mercato comune – avrebbe tendenzialmente favorito la migliore allocazione delle risorse, favorendo uno spontaneo processo di *catching up* dei paesi più arretrati.

In ciò, il Rapporto dimostrava piena fedeltà ai postulati della cosiddetta “scuola della convergenza”, cui lo stesso Ohlin aveva del resto fornito importanti contributi. Interna al paradigma teorico neoclassico, la scuola della convergenza – dominante all’epoca¹⁵⁵ – attribuiva di norma al libero commercio internazionale la capacità di condurre a una graduale rimozione delle disparità economiche e sociali tra le diverse regioni o aree da questo interessate. La libertà di movimento di capitali e lavoro avrebbe difatti tendenzialmente ridotto in modo pressoché automatico i differenziali salariali o di rendimento degli investimenti tra diversi paesi o regioni.

In quest’ottica, il pericolo, pure diffusamente avvertito, di una concorrenza sleale basata sul basso costo (diretto o indiretto) del lavoro, da rimuovere attraverso l’armonizzazione delle varie legislazioni coinvolte, non ha, pertanto, secondo il Rapporto, almeno in principio, una consistenza reale. D’altra parte, “esiste un meccanismo capace di assicurare che le differenze nel livello delle retribuzioni e delle altre fonti di reddito rimanga nei vari paesi in linea con le differenze internazionali di produttività. Quando i paesi si cimentano nel commercio estero, il valore delle entrate dall’estero di ciascun *partner* deve essere nel lungo termine all’incirca uguale a quello dei suoi pagamenti esteri. Tale equilibrio della bilancia dei pagamenti dipende, *inter alia*, dalla scelta

¹⁵³ Rapporto Ohlin, p. 104.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ La teoria della convergenza avrebbe ricevuto critiche decisive solo più tardi, sulla scorta degli studi diretti a dimostrare come la creazione di economie di scala o la costruzione di agglomerati o poli di crescita e di sviluppo all’interno del mercato comune avrebbe potuto all’opposto innescare processi di divergenza tra le diverse aree coinvolte ed incrementare, così, le disparità regionali (cfr. P. KRUGMAN, *Geography and Trade*, Cambridge, Mass., 1991). La politica di sviluppo regionale inaugurata dalla Comunità nella metà degli anni Settanta avrebbe in qualche modo ufficialmente preso atto di tali situazioni, nel tentativo, solo in parte riuscito, di apprestare le necessarie risorse economiche e istituzionali per porvi rimedio.

dell'appropriato tasso di cambio. Se un paese trova che i suoi costi di produzione per la maggior parte dei beni sono troppo alti per consentirgli di pagare la propria parte, l'equilibrio può (e deve) essere ripristinato, per esempio, lasciando cadere il livello dei prezzi quando la produttività aumenta, con investimenti freschi nelle industrie dell'esportazione, o attraverso una revisione del tasso di cambio¹⁵⁶.

Sarebbe stato, poi, come accennato, il circolo virtuoso innescato (a mutuo vantaggio) dalla più stretta cooperazione economica, a garantire un naturale moto di riallineamento verso l'alto dei livelli di produttività e, quindi, di reddito dei *partner* commerciali, con un effetto spontaneo – ed appunto *ex post* – di armonizzazione (anche) dei sistemi sociali¹⁵⁷. I livelli salariali e previdenziali – e quindi il relativo peso nel costo complessivo del lavoro – avrebbero assecondato una naturale tendenza al pareggiamento verso l'alto, a causa dei guadagni generalizzati di produttività, della circolazione della mano d'opera e in genere dei vantaggi derivanti dalla divisione cooperativa del lavoro all'interno del mercato comune.

Senonché, l'esclusione della necessità dell'armonizzazione preventiva e, correlativamente, la fiducia nell'automatismo delle virtù incrementali e parificatrici dell'istituendo mercato comune, sono, nel Rapporto, tutt'altro che assolute.

Il Rapporto, pur precisando che si tratta in concreto di “casi non numerosi in Europa”¹⁵⁸, ammette infatti, sotto il primo profilo, l'esistenza di una “classe” (potenzialmente più ampia) di situazioni in cui l'intervento armonizzatore del livello sovranazionale è giustificato dalla necessità di scongiurare pratiche di concorrenza sleale. Si tratta delle ipotesi in cui “la concorrenza straniera alla quale un particolare gruppo di produttori rimane esposto si determina non per il fatto che il livello generale del costo del lavoro nei paesi in competizione è basso, ma per il fatto che i produttori stranieri dello stesso settore commerciale pagano salari, o sopportano carichi sociali, che sono eccezionalmente bassi in confronto al generale livello delle retribuzioni e dei contributi sociali di quello stesso paese”¹⁵⁹.

In tali casi – ed il Rapporto Ohlin fa sostanzialmente gli esempi (poi ripresi ed ampliati dallo stesso Rapporto Spaak) delle differenze nelle retribuzioni di uomini e donne e nelle maggiorazioni per il lavoro straordinario dovute alle diverse legislazioni in vigore nei paesi membri¹⁶⁰ – l'armonizzazione

¹⁵⁶ Rapporto Ohlin, p. 104.

¹⁵⁷ Ivi, specialmente pp. 101 e 111-112.

¹⁵⁸ Ivi, p. 105.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Ivi, pp. 106-110.

preventiva (verso l'alto) delle legislazioni nazionali è considerata indispensabile.

Ma è sotto il secondo dei cennati profili che il Rapporto rivela meglio la sua fedeltà ai postulati fondamentali dell'*embedded liberalism*.

Esso è infatti piuttosto categorico nell'affermare il principio generale per cui la liberalizzazione degli scambi deve essere accompagnata da misure di compensazione, o senz'altro limitata, tutte le volte in cui costituisca un'effettiva minaccia agli equilibri sociali ed agli assetti di *Welfare* degli Stati partecipanti.

Qualunque programma di liberalizzazione commerciale non avrebbe potuto, innanzi tutto, che essere graduale, al fine appunto di "mitigare il più possibile difficoltà e perdite a carico di datori e lavoratori, senza tuttavia impedire il progresso verso una migliore allocazione delle risorse"¹⁶¹. Di fronte alla necessità di procedere a ristrutturazioni più o meno rilevanti, avrebbe dovuto comunque essere assicurata la speciale assistenza statale, nella difficoltà di riprodurre su scala generale lo stesso modello di intervento "comune" già efficacemente sperimentato dall'Alta Autorità della CECA¹⁶². In un contesto di mutua collaborazione tra le autorità nazionali, i movimenti di capitale sarebbero stati sostanzialmente limitati alle ipotesi in cui fossero effettivamente diretti a favorire la crescita economica nel lungo periodo. E in ogni caso – si legge nel Rapporto – "allorché dovesse apparire che siano proprio le differenze nelle politiche sociali a dar luogo a movimenti indesiderabili di capitale, andrebbero prese tutte le necessarie misure per correggere una tale situazione"¹⁶³.

L'agricoltura, settore chiave delle economie nazionali dal punto di vista degli equilibri socio-politici, ed oggetto sin dal periodo interbellico di sempre più penetranti interventi protettivi dello Stato, avrebbe infine dovuto essere largamente tenuta al riparo dal processo di liberalizzazione¹⁶⁴.

Come ha ben puntualizzato Simon Deakin¹⁶⁵, "tutto ciò sta a significare che le istituzioni transnazionali avrebbero dovuto essere largamente confinate al ruolo di garanzia della libera circolazione delle risorse economiche; ne discendeva tuttavia allo stesso modo che la politica comunitaria di neoliberismo a livello transnazionale non avrebbe dovuto essere tradotta in politiche simili a livello nazionale. Al contrario, Ohlin assumeva che un'attiva politica economica d'intervento pubblico al livello dello Stato nazionale sarebbe non solo continuata, ma avrebbe rappresentato un

¹⁶¹ Ivi, pp. 114-115.

¹⁶² Ivi, pp. 116 e 117.

¹⁶³ Ivi, p. 121.

¹⁶⁴ Ivi, p. 117.

¹⁶⁵ *Labour Law as Market Regulation*, cit., p. 67 (il corsivo figura nell'originale).

essenziale strumento di aggiustamento di fronte alla rimozione delle barriere internazionali alla mobilità. In particolare, il conseguimento di vantaggi economici attraverso la liberalizzazione dei commerci veniva visto come dipendente dalla preservazione di forti *standard* di tutela del lavoro *dentro* gli Stati".

Considerazioni non diverse valgono, poi, come accennato, per il Rapporto Spaak, che per taluni profili si spinge anche oltre le indicazioni fornite da Ohlin e dai suoi collaboratori, segnatamente attraverso la prefigurazione – *ceteris paribus* – di un più incisivo ruolo delle autorità sovranazionali.

5.- Anche nel Rapporto Spaak, "come nello stesso Trattato di Roma, la graduale assimilazione della legislazione e dell'amministrazione sociale e del lavoro è intesa a servire due correlati ma distinti obiettivi: la rimozione degli ostacoli alla circolazione della forza-lavoro, e la rimozione di quelle che vengono chiamate "distorsioni" della concorrenza"¹⁶⁶. Anche lì, la "graduale coalescenza delle politiche sociali [...] appare [...] forse non come indispensabile condizione per il funzionamento del mercato comune, ma come uno degli elementi che possono maggiormente aiutare a dare ad esso più solide fondamenta"¹⁶⁷. Anch'esso è sicuramente pervaso dallo stesso spirito di ottimismo liberale sulle naturali "virtù equalizzatrici" del mercato comune, che anima il Rapporto Ohlin. Pure il Rapporto Spaak è difatti "fortemente influenzato dall'aspettativa che, siccome la domanda di lavoro cresce dove il lavoro ha il costo più basso, le retribuzioni tenderanno a crescere, e che, d'altro lato, la libera circolazione della manodopera faciliterà gradualmente l'equalizzazione delle condizioni d'impiego"¹⁶⁸.

Ma anch'esso, non meno ed anzi più del Rapporto Ohlin, è permeato dall'idea che il mercato comune avrebbe rafforzato la capacità di intervento sociale degli Stati membri ed assicurato – per tal via – il mantenimento, *al loro interno*, di elevati livelli di protezione. E che la Comunità avrebbe dovuto apprestare le idonee garanzie – vuoi fissando regole comuni, vuoi provvedendo

¹⁶⁶ O. KAHN-FREUND, *Labor Law and Social Security*, in E. STEIN, T. L. NICHOLSON (a cura di), *American Enterprise in the European Common Market. A Legal Profile*, vol. 1, Ann Arbor, 1960, pp. 297 ss., qui p. 299.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 300. A p. 35 del Rapporto (citato *supra*, a nota 48) si legge infatti che "il livello dei salari ed il peso degli interessi tendono progressivamente ad equilibrarsi a mano a mano che la domanda di mano d'opera o la richiesta di capitali aumentano nelle località dove l'una o gli altri sono a miglior prezzo. La libera circolazione progressivamente concessa a questi elementi della produzione tende, inoltre, a facilitare tale livellamento che, lungi dall'essere una condizione pregiudiziale per il funzionamento del mercato comune, ne è una conseguenza".

direttamente – qualora il funzionamento del mercato avesse (eccezionalmente) messo in crisi una tale capacità.

In ciò, come accennato, il Rapporto Spaak risulta anzi ispirato ad un approccio che potrebbe dirsi più “costruttivista”¹⁶⁹ di quello fatto proprio dal Rapporto Ohlin.

I casi “enumerati” in cui viene ritenuta opportuna la preventiva armonizzazione delle legislazioni nazionali appaiono, in primo luogo, significativamente più estesi di quelli presi in considerazione nel Rapporto Ohlin¹⁷⁰. La principale differenza riguarda la delicatissima materia dell’armonizzazione dei sistemi di finanziamento della sicurezza sociale, rispetto ai quali la Francia lamentava, come noto, soprattutto nei confronti del vicino tedesco, un forte svantaggio competitivo, dovuto all’elevato livello dei contributi previdenziali pagati dalle sue imprese¹⁷¹.

L’apertura nei confronti della delicata questione, che verrà peraltro accantonata al momento della definitiva redazione del Trattato¹⁷², è piuttosto timida, e per certi versi ambigua, ma comunque significativa. Il caso in cui, “in un dato Paese, la previdenza sociale è finanziata con trattenute percentuali annesse ai salari”, ed in cui perciò “l’onere colpisce essenzialmente le industrie che utilizzano una mano d’opera abbondante”, viene espressamente annoverato tra le ipotesi di distorsioni *specifiche* della concorrenza tutte le volte in cui, negli stessi settori di attività, “in un altro Paese la previdenza sociale è finanziata essenzialmente dal bilancio statale, cioè da tasse che colpiscono l’insieme dell’economia”, con la conseguenza che “le industrie che utilizzano una mano d’opera numerosa vengono relativamente alleggerite in confronto a quelle del Paese considerato più sopra”¹⁷³.

L’ambiguità dell’esempio proposto dagli estensori del Rapporto risiede evidentemente nel fatto che in realtà tutti i membri originari della Comunità avevano all’epoca sistemi di previdenza sociale essenzialmente basati sul principio assicurativo e finanziati per la gran parte attraverso il prelievo contributivo¹⁷⁴. Non può, cionondimeno, sfuggire – specie con lo sguardo dell’oggi – l’importanza del riferimento esplicito ad un elemento così cruciale

¹⁶⁹ Per usare l’aggettivo hayekiano nel senso in cui è stato recentemente ripreso da L. NOGLER, *Individui, istituzioni e scelte pubbliche nel diritto del lavoro*, in *LD*, 1998, pp. 271 ss., specialmente p. 274.

¹⁷⁰ Vedi in particolare a p. 36 del Rapporto Spaak.

¹⁷¹ È, questa dell’eccessivo livello di pressione contributiva, storicamente, una preoccupazione costante, quasi un assillo, dei governi francesi; per qualche indicazione al riguardo, sia consentito un rinvio a S. GIUBBONI, *Un panorama europeo degli aspetti relativi alla sicurezza sociale*, in *DLRI*, 1996, n. 3, *La retribuzione che cambia*, pp. 595 ss., specialmente pp. 599 ss.

¹⁷² Vedi *infra*, al paragrafo seguente.

¹⁷³ Rapporto Spaak, pp. 35-36.

¹⁷⁴ Cfr. O. KAHN-FREUND, *Labor Law*, cit., p. 442 ss.

dei sistemi nazionali di protezione sociale come ad un potenziale fattore distorsivo specifico della concorrenza, da correggere mediante l'uso del potere di armonizzazione.

Una dose di "costruttivismo" ancora maggiore impegna le pagine del Rapporto dedicate, nel suo Titolo III, allo sviluppo e alla piena utilizzazione delle risorse europee. Qui, le funzioni di quello che avrebbe dovuto essere (ma che solo in parte è stato) il futuro Fondo d'investimenti della CEE, vengono delineate con larghezza e incisività, appunto "per assicurare le condizioni di uno sviluppo equilibrato e non contrastato del mercato comune"¹⁷⁵.

I primi compiti del Fondo avrebbero dovuto riguardare la partecipazione al finanziamento di grandi lavori di carattere e interesse europeo e l'"impulso collettivo allo sviluppo delle aree depresse"¹⁷⁶. Ciò che più colpisce, tuttavia, e che più interessa in questa sede, è il rilievo dei compiti prefigurati per il Fondo in materia di riconversione e di riadattamento industriale.

"La riconversione – si legge nel Rapporto¹⁷⁷ – costituisce un elemento essenziale della politica del mercato comune, in quanto assicura una continuità di occupazione in forme costantemente più produttive, facilita l'adattamento progressivo al mercato comune, utilizza nel miglior modo le risorse esistenti e riduce al massimo il costo delle trasformazioni inevitabili [...]. Questa politica non è soltanto la più umana perché evita per quanto possibile la chiusura di aziende, la cessazione di attività od i licenziamenti di mano d'opera, e tende ad assicurare il reimpiego *in loco*. Essa è anche la più economica perché permette di utilizzare i mezzi di produzione esistenti e l'insieme delle possibilità di alloggio, di mezzi di comunicazione e di distribuzione che gravitano intorno alle industrie".

Missione di "utilità sociale"¹⁷⁸ altrettanto fondamentale è, per il Rapporto, quella da assegnare al Fondo allorché si renda necessario il vero e proprio riadattamento della mano d'opera.

In tal caso è ancor più marcata l'influenza immediata dell'esperienza già compiuta dai Sei nell'ambito della CECA. Le disposizioni del Trattato di Parigi avevano infatti già cominciato a fornire, in quel torno d'anni, all'Alta Autorità della CECA, uno strumento di straordinaria efficacia per sovvenire alla crisi dell'industria belga del carbone, consentendo, in pratica, come si è già ricordato, la piena "ammortizzazione" degli effetti sociali derivanti dal suo progressivo smantellamento¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Rapporto Spaak, p. 49.

¹⁷⁶ Ivi, p. 50.

¹⁷⁷ Ivi, p. 51.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Vale comunque la pena richiamare ancora A. S. MILWARD, *L'Europa in formazione*, cit., p. 202: "Quando nel 1958 l'industria carbonifera [belga: n.d.r.]

Sulla falsariga delle previsioni del Trattato CECA, il Rapporto Spaak propone l'istituzione di un apposito "Fondo per il riadattamento, finanziato dai contributi degli Stati membri, contributi fissati proporzionalmente ai salari aumentati delle quote o contributi legali o convenzionali per la previdenza sociale"¹⁸⁰. Il Fondo – per il cui intervento non si sarebbe dovuta richiedere la prova che i casi di disoccupazione dallo stesso coperti fossero una diretta conseguenza della creazione del mercato comune – avrebbe dovuto offrire "il proprio intervento sino alla concorrenza del 50% delle spese, in casi e per scopi precedentemente convenuti", ed in linea di massima tutte le volte in cui "l'intera Comunità, ma anche lo Stato in causa, [fossero] interessati, per raggiungere il progresso della produttività e il rialzo del livello di vita, a progressive modifiche di struttura nelle industrie, ad un riordinamento razionale nelle aziende, e ad una migliore utilizzazione della mano d'opera"¹⁸¹.

La Comunità avrebbe in particolare dovuto partecipare al "costo sociale di tali trasformazioni" nei casi di chiusura, totale o parziale, di un'azienda o d'uno stabilimento, ovvero di riduzione di personale incidente "almeno sul 10% degli effettivi o su 10 persone addette al lavoro"¹⁸². In tali casi, nei quali il Fondo sarebbe intervenuto con prestazioni di varia natura, comprendenti da subito la copertura delle spese di nuova sistemazione e di riqualificazione e, in prospettiva, l'eventuale concorso all'erogazione dell'indennità di disoccupazione da parte degli Stati membri, il Rapporto prefigura la progressiva delineazione di un vero e proprio "sistema di assistenza ai disoccupati"¹⁸³, che avrebbe incoraggiato nel tempo un naturale processo di armonizzazione dei regimi dei paesi partecipanti al mercato comune.

Nei casi in cui "un'azienda in fase di riadattamento riduce o sospende temporaneamente l'impiego di tutta o di parte della mano d'opera", il Rapporto si spinge anzi sino ad immaginare una sorta d'integrazione salariale comunitaria, alla cui stregua il Fondo avrebbe dovuto partecipare "alla concessione di una sovvenzione

crollò, sia il governo nazionale sia la Comunità riaffermarono che l'occupazione e l'assistenza conservavano un'importanza prioritaria". La risposta comunitaria fu generosa: "La Comunità integrò la previdenza sociale belga pagando per un anno un contributo di riadattamento, posto a carico del suo fondo sociale, a ogni lavoratore licenziato a causa delle chiusure imposte dai piani di razionalizzazione, predisposti insieme al governo belga, dei bacini carboniferi del meridione. Le autorità belghe aprirono dei centri per la riqualificazione professionale dei minatori licenziati e pure la Comunità contribuì ai costi di questo intervento".

¹⁸⁰ Rapporto Spaak, p. 55.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 56.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ivi*, 57.

all'impresa per permetterle di continuare a remunerare la propria mano d'opera, in attesa di farla nuovamente lavorare in pieno"¹⁸⁴.

La prefigurazione di una così incisiva capacità d'azione a livello sovranazionale non avrebbe comunque intaccato, nelle intenzioni del Rapporto, il principio della piena autonomia di "governo sociale" da parte degli Stati membri. Il Rapporto sottolinea al riguardo perentoriamente che, "per quanto possa essere estesa, l'integrazione economica che verrà realizzata dalla libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali, non costituirà tuttavia che un'integrazione economica parziale. Infatti essa non comporta una implicita rinuncia all'autonomia delle politiche di bilancio, finanziarie o sociali, né ha per conseguenza la creazione di una moneta unica"¹⁸⁵.

Nella filosofia dell'*embedded liberalism*, di cui anche il Rapporto Spaak è espressione, la autonomia macroeconomica e sociale degli Stati nazionali costituisce ad un tempo il fondamentale dato empirico di partenza e l'indiscusso principio normativo di base¹⁸⁶. Le disposizioni di lì a poco dedicate dal Trattato di Roma al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri avranno un rilievo poco più che "simbolico"¹⁸⁷ e confermeranno il postulato della piena autonomia macroeconomica dei medesimi, quale coerentemente ritenuto anche dal Rapporto Spaak. L'obiettivo del pieno impiego – per quanto non esplicitato nel testo del Trattato – è in realtà l'assunto *a priori* dell'intera costruzione comunitaria, e per questo essa non avrebbe dovuto intaccare in alcun modo la panopia degli strumenti di politica fiscale, monetaria e di cambio a disposizione degli Stati membri nel perseguimento dello stesso¹⁸⁸.

6.- Le soluzioni effettivamente accolte dal Trattato di Roma si collocano in un certo senso a metà strada tra quelle, più moderate, suggerite dal Rapporto Ohlin e quelle, come detto, d'impronta più "costruttivista", indicate dal Rapporto Spaak.

In tema di politica agricola comune (PAC) il Trattato compie una scelta piuttosto radicale in favore di un sistema di forte irregimentazione e controllo del mercato e di sostanziale

¹⁸⁴ Ivi, p. 56.

¹⁸⁵ Ivi, p. 65.

¹⁸⁶ Cfr. P. KOSONEN, *European Integration: A Welfare State Perspective*, Helsinki, 1994, pp. 24 ss.

¹⁸⁷ A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe*, cit., p. 149.

¹⁸⁸ Vedi G. DAWSON, *Governing the European Macroeconomy*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, cit., pp. 98 ss., sul punto pp. 102 e 111.

eliminazione degli spazi di libera concorrenza¹⁸⁹, al fine esplicito di "assicurare così un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura" (così l'art. 39.1, lett. b; l'attuale art. 33 del TCE).

Pur con tutte le degenerazioni che ne hanno sempre più segnato lo sviluppo e che ne reclamano a tutt'oggi una profonda ristrutturazione, soltanto avviata dalle riforme dei primi anni Novanta, la PAC ha sostanzialmente funzionato come un vero e proprio sistema settoriale di *Welfare State* comunitario¹⁹⁰, diretto a proteggere dalle *vagaries* del mercato e ad apprestare capillari strumenti di tutela e di redistribuzione (sia pure spesso "alla rovescia")¹⁹¹ del reddito in favore di ceti sociali il cui consenso appariva determinante per la ricostruzione democratica dello Stato nazionale negli anni formativi della CEE¹⁹².

In quest'ambito forse più chiaramente che in altri, le istituzioni comunitarie – attraverso la massiccia protezione dell'agricoltura nazionale – hanno così meglio palesato la loro natura di "dispositivi destinati a rafforzare le politiche economiche nazionali"¹⁹³, caratterizzate all'epoca da un'autentica esplosione dell'intervento pubblico a sostegno dei redditi agricoli. Ed il fatto che tale "*Welfare* degli agricoltori"¹⁹⁴ si sia dall'origine strutturato come meccanismo oggettivo di integrazione positiva, nel quale i singoli beneficiari non sono titolari di diritti a prestazione direttamente nei confronti della Comunità¹⁹⁵, com'è invece avvenuto tipicamente nel caso dei singoli sistemi di *Welfare*

¹⁸⁹ Vedi, per tutti, F. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità europea*, (trad. it.) Milano, 1990, a cura e con un saggio di A. Jannarelli.

¹⁹⁰ Cfr. S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Le prospettive dell'Europa sociale*, in *SM*, 1993, pp. 43 ss., specialmente p. 55; e, più diffusamente, E. RIEGER, *Protective Shelter or Straitjacket: An Institutional Analysis of the Common Agricultural Policy in the European Union*, in S. LEIBFRIED, P. PIERSON (a cura di), *European Social Policy*, cit., pp. 194 ss., specialmente p. 223.

¹⁹¹ M. RHODES, *Defending the Social Contract*, cit., p. 41, parla al riguardo di "una forma perversa e distorta di distribuzione".

¹⁹² A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., p. 233 e *passim*, ricorda come specie in Francia e in Germania il consenso politico dell'agricoltura fosse a ragione considerato assolutamente indispensabile per le sorti della costruzione comunitaria. Interventi a sostegno del reddito degli agricoltori – nella forma di sussidi, di tasse d'importazione, di quote o di barriere tariffarie o quant'altro – costituivano una pratica particolarmente accentuata in Francia e Germania, ma certo non estranea – nella sostanza – agli altri membri della CEE. Quando, tra il 1960 e il 1969, furono concretamente realizzate le strutture della PAC, l'opzione protezionistica della europeizzazione della protezione dell'agricoltura emerse come l'unica di fatto possibile. Vedi anche A. MORAVCSIK, *The Choice*, cit., pp. 159 e 208 ss.

¹⁹³ A. S. MILWARD, *L'Europa in formazione*, cit., pp. 194-195.

¹⁹⁴ S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Le prospettive*, cit., p. 55.

¹⁹⁵ E. RIEGER, *Protective Shelter*, cit., p. 227.

nazionali, suona semplicemente ad ulteriore dimostrazione della stretta complementarità funzionale in tal senso divisata dai padri fondatori tra i due livelli di intervento protettivo, quello sovranazionale e quello statale.

Il Fondo sociale – l'altro strumento di potenziale redistribuzione comunitaria delle risorse economiche per fini *lato sensu* sociali – viene invece all'inizio congegnato dal Trattato di Roma in termini più limitativi di quelli che lasciava prefigurare il Rapporto Spaak. L'art. 123 gli assegna infatti il compito, che è per lo più strumentale alla creazione d'un mercato comune del lavoro¹⁹⁶, "di promuovere all'interno della Comunità le possibilità di occupazione e la mobilità professionale e geografica dei lavoratori". Nella prima fase della sua storia (1960-1972), esso è del resto costretto dalle sue stesse regole di funzionamento ad intervenire "necessariamente in ritardo in maniera cieca e automatica, come un meccanismo passivo senza impatto sulla vita sociale", e a non far altro "che riversare agli Stati ciò che aveva da questi ricevuto"¹⁹⁷.

Nel fissare la basi normative e le finalità della politica sociale comunitaria, il Trattato segue poi una linea in qualche modo mediana tra le indicazioni del Rapporto Ohlin e quelle del Rapporto Spaak e, in ogni caso, chiaramente compromissoria tra la posizione tedesca e quella francese.

L'idea, caldeggiata dalla Francia, e come visto, ambigualmente adombrata nello stesso Rapporto Spaak, d'una almeno parziale armonizzazione delle forme di finanziamento dei sistemi previdenziali dei paesi membri non trova alcun riconoscimento esplicito nel testo del Trattato, che con gli artt. 117 e 118 mostra piuttosto di accogliere la contraria posizione tedesca. Ovvero la tesi secondo cui gli oneri sociali, ed in genere il costo, anche diretto, del lavoro, costituivano solo un elemento della più ampia congerie di fattori, tra loro strettamente connessi e interdipendenti, idonei a determinare le condizioni di competitività d'un sistema produttivo in un mercato concorrenziale aperto. Dimodoché non sarebbe stato possibile – né, evidentemente, corretto – isolare, tra i tanti, quell'unico fattore, per farne l'oggetto di misure di armonizzazione coatta e artificiale, queste sì aberranti rispetto alla logica del mercato e distorsive della concorrenza.

D'altra parte, la generosa riforma pensionistica tedesca del 1955 aveva già posto le premesse normative affinché lo scarto di tutela – e quindi di costo – tra i due sistemi fosse "spontaneamente" destinato a ridursi, ed anzi a scomparire, nel giro di pochi anni¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Cfr. O. KAHN-FREUND, *Labor Law*, cit., pp. 351 ss.

¹⁹⁷ G. e A. LYON-CAEN, *Droit Social*, cit., p. 267.

¹⁹⁸ L'importanza di tale circostanza è giustamente sottolineata da A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., p. 212.

Sarebbero state perciò le naturali dinamiche del mercato comune ad attivare – anche in tale cruciale ambito – un processo di spontanea e automatica armonizzazione (dei risultati)¹⁹⁹ dei sistemi (sociali) nazionali in concorrenza tra di loro, senza, di massima, necessità di interventi eteronomi.

E così infatti l'art. 117 del Trattato manifesta esplicitamente di concepire quella che viene prima di tutto percepita come l'intrinseca tendenza della più stretta integrazione tra le economie europee a "promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta loro la parificazione nel progresso". Appunto come una naturale "evoluzione che risulterà sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dal presente trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative".

Il programma²⁰⁰ divisato dall'art. 117 non è, perciò, accompagnato dalla enucleazione di basi normative e strumenti *specifici* d'intervento in materia sociale. L'art. 118 non costituiva, infatti, "una base giuridica d'attuazione degli scopi enunciati nell'art. 117, bensì una norma di organizzazione dell'attività della Commissione, che, nell'ambito degli scopi generali del Trattato [...], doveva promuovere la reciproca collaborazione degli Stati membri nel "campo sociale" in generale e, in particolare, in alcune materie, tra le quali il "diritto al lavoro e le condizioni di lavoro" [...]"²⁰¹. L'eventuale ravvicinamento delle disposizioni legislative o regolamentari avrebbe dovuto transitare – come in effetti avvenne, allorché si trattò di dare attuazione (parziale) al primo programma sociale del 1974, ma come in seguito si rivelò sempre più difficile – attraverso la base generale costituita dall'art. 100 del Trattato.

Gli artt. 119 e 120 del Trattato, al pari dell'apposito protocollo relativo, tra l'altro, alle previsioni concernenti il trattamento del lavoro straordinario in Francia, riflettono, invece, chiaramente, le preoccupazioni transalpine, in termini peraltro sintonici con le convergenti indicazioni al riguardo fornite dai Rapporti Ohlin e Spaak.

L'art. 120, come pure il protocollo annesso al Trattato, si limitava in certo senso a "congelare"²⁰² la situazione esistente all'atto della creazione del mercato comune nelle materie considerate.

¹⁹⁹ Cfr. S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, *Community Labour Law: A Critical Introduction to its History*, in *European Community Labour Law*, cit., pp. 1 ss., specialmente p. 4.

²⁰⁰ Sulla natura programmatica dell'art. 117 del Trattato, almeno nella sua formulazione originaria, vedi, *ex plurimis*, G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, I, *Principi – Fonti – Libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori*, Milano, 1998, p. 111.

²⁰¹ Ivi, p. 112.

²⁰² O. KAHN-FREUND, *Labor Law*, cit., p. 332.

Impegnando gli Stati membri ad adoperarsi "a mantenere l'equivalenza esistente nei regimi dei congedi retribuiti", l'art. 120 configurava un blando e piuttosto indeterminato obbligo reciproco tra gli Stati membri, ma non predisponendo, di per sé, analogamente al protocollo, alcuna base giuridica di intervento normativo comunitario. Era semmai il protocollo, a dispetto della relativa vaghezza delle sue previsioni, più vicine anche qui ad una "predizione" che ad una vera e propria "prescrizione"²⁰³, a sostanziare meglio il contenuto di quell'obbligo, addossando in particolare alla Commissione – come si è già accennato – il dovere di autorizzare lo Stato membro colpito dall'eventuale comportamento sleale ad adottare misure di salvaguardia dei propri interessi, se del caso nella forma dell'imposizione di restrizioni quantitative alle importazioni²⁰⁴.

L'unica disposizione "sociale" ad attribuire alla CEE uno specifico potere di armonizzazione normativa era pertanto l'art. 119 del Trattato. Formulato "alquanto cautamente", esso non intendeva difatti conferire diritti in capo ai singoli, o "divenire *ipso facto* parte integrante degli ordinamenti giuridici degli Stati membri"²⁰⁵, ma era volto unicamente a fissare una base giuridica di azione a livello sovranazionale, sul presupposto che le differenze tra le legislazioni nazionali in materia costituissero (segnatamente a svantaggio della Francia) una forma di distorsione specifica della concorrenza²⁰⁶. La riscoperta della disposizione in parola quale fonte di un diritto sociale fondamentale alla parità di trattamento retributivo tra uomo e donna, direttamente azionabile all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri indipendentemente dalle specifiche misure d'attuazione, avrebbe quindi realizzato, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, una sorta di eterogenesi dei fini avuti in mente dai padri fondatori, ed avrebbe assegnato alla norma una funzione ed un significato molto diversi da quelli che essa aveva inteso assumere in origine²⁰⁷.

Gli unici diritti sociali direttamente emananti, o quantomeno estrapolabili²⁰⁸, dal Trattato di Roma erano, allora, come già

²⁰³ Ivi, p. 333.

²⁰⁴ Ivi, p. 335.

²⁰⁵ Ivi, p. 329.

²⁰⁶ In tal senso, più recentemente, per tutti, C. BARNARD, *The Economic Objectives of Article 119*, in T. HERVEY, D. O'KEEFFE (a cura di), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester, 1996, pp. 321 ss.

²⁰⁷ Vedi anche B. HEPPEL, *Equality and Discrimination*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law*, cit., p. 237 ss., e M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pp. 103 ss.

²⁰⁸ Anche in tal caso, invero, il Trattato seguiva un approccio più cauto di quello, marcatamente sovranazionale, suggerito dal Rapporto Spaak. Come ha notato F. ROMERO, *Emigrazione*, cit., p. 80, "La definizione delle aree e, soprattutto, dei ritmi di espansione di un mercato del lavoro almeno parzialmente unificato tra i Sei restava affidata al Consiglio dei ministri, e quindi a una negoziazione

ricordato, quelli riconosciuti dagli artt. 48 e seguenti nell'ambito della generale garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento all'interno del mercato comune.

Si trattava, pertanto, – e, nonostante l'istituzione della cittadinanza comunitaria, si tratta largamente tuttora²⁰⁹ – di diritti sociali strettamente funzionali all'instaurazione del mercato integrato. I quali, pur arricchendo in maniera considerevole il patrimonio di diritti del cittadino-lavoratore europeo e in tal senso dimostrando ben presto un'attitudine espansiva autonoma e loro propria, in qualche misura indipendente, cioè, dalla loro chiara curvatura mercantile, restano comunque un corollario, per quanto essenziale, delle misure rivolte alla rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato comune e si iscrivono, perciò, in una logica di prevalente "integrazione negativa" dei sistemi nazionali²¹⁰.

È questa, tipicamente, la funzione delle regole di coordinamento dei regimi legali nazionali di sicurezza sociale per i lavoratori migranti²¹¹: la più cospicua realizzazione sociale della CEE almeno per tutto il periodo transitorio²¹².

In attuazione dell'art. 51 del Trattato, il regolamento n. 3/58²¹³ si limitava a mettere in "comunicazione" tra di loro sistemi reciprocamente chiusi²¹⁴, ad un tempo preservandone gelosamente l'autonomia e la diversità²¹⁵, per rimuovere un ostacolo decisivo ai fini della libera circolazione della manodopera.

intergovernativa (art. 49)". Sta di fatto, però, che alla fine del periodo transitorio il nucleo duro del diritto sovranazionale della libera circolazione dei lavoratori è pressoché compiutamente operante, con la prima "giurisprudenza sociale" della Corte di giustizia già ben avviata sulla strada di una piena costituzionalizzazione delle disposizioni del Trattato (vedi, ad es., D. M. TRAINA, *La libertà di circolazione dei lavoratori comunitari*, Milano, 1990, pp. 11 ss.).

²⁰⁹ Mi permetto di rinviare a S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *ADL*, 1997, n. 6, pp. 67 ss., specialmente pp. 79 e 102 ss., nonché a ID., *Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione europea*, in *DLRI*, 1998, pp. 81 ss.

²¹⁰ Nell'accezione per primo elaborata e approfondita da J. TIMBERGEN, *International Economic Integration*, Amsterdam, London, New York, 1965 (2° ed.), p. 77.

²¹¹ In tal senso, tra gli altri, L. NOGLER, *Quale sicurezza sociale nell'Unione europea?*, in *RGL*, 1994, I, pp. 49 ss., specialmente pp. 52 ss.; A. ANDREONI, *Sicurezza sociale. 1. Sistemi nazionali e armonizzazione*, in *Dizionario*, cit., p. 527 ss.; B. SCHULTE, *The Welfare State and European Integration*, in *EJSS*, 1999, n. 1, pp. 7 ss., specialmente p. 18.

²¹² R. NIELSEN, E. SZYSZCZAK, *The Social Dimension of the European Community*, Copenhagen, 1993, pp. 37 ss.

²¹³ Ma lo stesso vale, ovviamente, per il regolamento n. 1408/71, attualmente in vigore, che questo ha sostituito. Vedi anche *infra*, al par. 11.

²¹⁴ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 1995, p. 135.

²¹⁵ Cfr. S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, *Community Labour Law*, cit., p. 5; S. DEAKIN, *Labour Law*, cit., p. 73.

La disciplina di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale può in tal senso essere letta come una metafora nella quale si specchia più in generale il ruolo assegnato dai padri fondatori al diritto e alla politica sociale comunitaria.

“Il Trattato presuppone che la politica sociale rimanga essenzialmente all'interno dei confini nazionali e che resti inviolata dal mantello comunitario. Le differenze nazionali devono essere rispettate e soltanto "coordinate" quando necessario”²¹⁶. L'opzione “astensionistica”²¹⁷ in tal senso codificata dall'art. 51 del Trattato, è in linea con l'idea che la creazione di un mercato transnazionale, anche del lavoro, debba procedere di pari passo con la preservazione delle fondamenta nazionali dei diritti di cittadinanza sociale, prima garanzia di integrità e stabilità dei risorti sistemi politici democratici domestici.

Non può, d'altra parte, essere dimenticato – sulla stessa linea – quanto peso ebbe, nel corso delle trattative per la stipula del Trattato, la preoccupazione di non interferire con la sfera di originaria autonomia riconosciuta, negli ordinamenti nazionali, alle parti sociali. La sentita necessità di difendere il forte principio costituzionale della *Tarifautonomie* influenzò in maniera rilevante la posizione del governo tedesco²¹⁸ e contribuisce a spiegare quella filosofia di astensionismo sovranazionale anche sotto tale dirimente profilo fatta propria dal Trattato di Roma.

Lungo il filo rosso che lega la creazione del mercato comune alla preservazione delle sovranità sociali nazionali, il Trattato di Roma recepisce e incorpora dunque al suo interno istanze diverse e potenzialmente anche contraddittorie. All'opzione astensionistica epitomata nell'art. 51 e alla connessa fiducia d'impronta neoclassica e di marca indubbiamente neoliberale nelle virtù eguagliatrici del mercato comune, si accompagnano la garanzia dell'intervento comunitario in chiave d'imperativa armonizzazione verso l'alto nelle ipotesi di eventuali fallimenti di quest'ultimo e la gelosa preservazione della capacità keynesiana di governo macroeconomico degli Stati membri per fini di piena occupazione. È così senz'altro presente la convinzione che, smithianamente, “la forza propulsiva del mercato da sola genera diritti e, quel che più conta, da sola li redistribuisce fra i soggetti che nel mercato operano”²¹⁹. Che lo spontaneo processo di eguagliamento verso l'alto *naturaliter* sospinto dal mercato comune abbisogni di

²¹⁶ S. LEIBFRIED, *Social Europe. Welfare State Trajectories of the European Community*, *ZeS Arbeitspapier*, n. 10/91, Universität Bremen, p. 9.

²¹⁷ F. CORSO, *Comunitarizzazione del diritto del lavoro italiano*, in *Dizionario*, cit., pp. 139 ss., qui p. 158.

²¹⁸ Vedi A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 212-213.

²¹⁹ S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali*, in *Dizionario*, cit., p. 71 ss., qui p. 72.

interventi di correzione eteronoma solo in presenza di fattori di distorsione specifica delle condizioni di concorrenza. E che perciò al livello sovranazionale debbano competere funzioni di politica sociale in certo senso atipiche, e in ogni caso di diverso genere rispetto a quelle svolte dal governo nazionale, "orientate alla costruzione e non alla correzione del mercato, dirette a creare un mercato europeo del lavoro integrato ed a consentirgli di funzionare in maniera efficiente, piuttosto che a correggere i suoi risultati in linea con *standard* politici di giustizia sociale"²²⁰.

Allo stesso tempo, è però altrettanto chiaramente presente l'idea che il funzionamento del mercato comune non debba, perciò stesso, intaccare l'autonoma capacità dei sistemi nazionali di assicurare i più elevati livelli di *Welfare* ai propri cittadini. Che in particolare i governi nazionali debbano mantenere "un controllo diretto sulle politiche fiscali e monetarie da usare per il raggiungimento dell'obiettivo della piena occupazione a livello nazionale"²²¹, con le inevitabili compressioni alla stessa libertà di circolazione dei capitali, rimasta, non a caso, praticamente inattuata sino all'instaurazione del mercato interno²²². Che il mantenimento della posizione competitiva degli Stati membri nel mercato integrato non debba mai avvenire a scapito della loro piena autonomia di governo sociale²²³. Che dunque l'integrazione comunitaria debba lasciare intatte le loro stesse sfere di sovranità sociale. E che tutte le volte in cui l'opzione astensionistica accolta in prima battuta dal Trattato come la più rispettosa di tale sovranità non funzioni, l'intervento eteronomo comunitario debba correggere le distorsioni eccezionalmente generate dal mercato comune, attraverso l'armonizzazione nel progresso dei sistemi sociali nazionali.

7.- Nonostante l'apparente solidità del fondamento razionale ad esso offerto dai Rapporti Ohlin e Spaak e la sua iniziale effettiva tenuta, "l'equilibrio impostato dal Trattato di Roma tra azione statale e competenza comunitaria non tarda tuttavia a rivelare la sua intrinseca precarietà e comincia a reggere con crescente difficoltà man mano che la pressione per l'integrazione economica si intensifica"²²⁴.

²²⁰ W. STREECK, *Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime?*, in G. MARKS *et al.*, *Governance*, cit., qui p. 72.

²²¹ L. TSOUKALIS, *La nuova economia*, cit., p. 33.

²²² Cfr. pure quanto rileva T. PADOA-SCHIOPPA, *Europa*, cit., p. 57.

²²³ È pacifico che di fronte ad un deterioramento della posizione competitiva di un paese membro questo debba essere libero "di aggiustare in corrispondenza il suo tasso di cambio" (J. TINBERGEN, *International Economic Integration*, cit., p. 78), senza dovere agire restrittivamente sulle politiche retributive o sociali.

²²⁴ S. DEAKIN, *Labour Law*, cit., p. 70.

Un primo motivo di crisi o meglio, almeno da un certo punto in poi, di *impasse*, come preferiscono chiamarla Spiros Simitis e Antoine Lyon-Caen²²⁵, deriva dalla stessa *ratio* giustificativa della possibile azione regolativa della Comunità, ed attiene, segnatamente, al *modello di armonizzazione* implicato e accolto dal Trattato di Roma. Anche se certamente contribuiscono altri fattori, in parte peraltro ancora interni al modello, come l'intrinseca ambiguità, prima ancora che l'oggettiva esiguità o insufficienza della base giuridica di azione in materia sociale²²⁶; l'inefficienza del processo politico-decisionale, imperniato sulla regola dell'unanimità ed affetto in genere dai vizi tipici del metodo intergovernativo²²⁷; ed ovviamente l'irriducibile eterogeneità dei sistemi nazionali, capace da sola di rendere vano qualunque tentativo di armonizzazione rigida degli stessi, specie se improntato all'idea del trapianto forzato delle soluzioni tipiche solo di alcuni di essi anche negli altri²²⁸.

L'idea – ingenuamente illuministica – d'una naturale e progressiva tendenza all'armonizzazione verso l'alto dei sistemi sociali nazionali svela presto la sua fatale illusorietà.

Soprattutto si rivela inadeguato l'assunto di base che il diretto intervento armonizzatore della Comunità debba unicamente reagire a specifici episodi di distorsione della concorrenza nel mercato comune.

Le due "storie" di maggior successo dell'intervento regolativo comunitario – quelle che Streeck identifica come le due sfere di "federalismo incapsulato"²²⁹ nel corpo per il resto evanescente dell'Europa sociale – sfuggono in realtà ampiamente a tale logica d'azione. Benché come tali fondamentalmente "compatibili [...] coi principi di un ordine economico liberale"²³⁰, le vaste aree di regolazione sociale²³¹ in tema di parità/pari opportunità uomo-

²²⁵ *Community Labour Law*, cit., p. 7.

²²⁶ Per tutti, M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, cit., specialmente pp. 10 ss.; G. ARRIGO, *Politiche sociali comunitarie*, sempre in *Dizionario*, cit., in particolare pp. 248-251 e 256.

²²⁷ Cfr. soprattutto F. SCHARPF, *The Joint Decision Trap*, cit.

²²⁸ Vedi, ad es., M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 29 ss.

²²⁹ W. STREECK, *Neo-voluntarism*, cit., p. 76.

²³⁰ G. MAJONE, *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, in *JCMS*, 1993, pp. 153 ss., qui p. 156.

²³¹ Uso qui la locuzione "regolazione sociale" nello specifico significato proposto da Giandomenico Majone, che la contrappone a quella di "politica sociale" per designare quegli interventi comunitari che non hanno a che fare con la redistribuzione del reddito e la modificazione delle opportunità secondo principi di giustizia sociale, ma piuttosto con la correzione di determinati "fallimenti del mercato", ovvero con questioni relative alla qualità (individuale) della vita. Cfr. G. MAJONE, *The European Community*, cit., pp. 156 ss.; ID., *The Development of Social Regulation in the European Community: Policy Externalities, Transaction Costs, Motivational Factors*, *EUI Working Paper SPS*, n. 95/2; ID.,

donna e di tutela della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro, non sono in nessun modo riducibili ad una stretta logica economicistica *anti-dumping*²³². Soprattutto in tema di eguaglianza di genere, l'impulso decisivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia rende evidente l'allontanamento della normativa comunitaria da quella stretta *ratio* economico-funzionalista, per affermare una prospettiva di schietta tutela dei diritti fondamentali, di cui appare ben presto chiaro il forte impatto innovativo sulla stessa elaborazione dei principi costituzionali degli Stati membri²³³.

Quella logica certamente sorregge e percorre invece le "grandi direttive" sulla crisi e la ristrutturazione d'impresa della seconda metà degli anni Settanta²³⁴.

Senonché, il breve ciclo dell'"armonizzazione funzionalista" si esaurisce sostanzialmente con esse. Frutto tardivo degli ultimi scampoli del "consenso socialdemocratico" alla base del programma sociale del 1974²³⁵, le tre direttive sui licenziamenti collettivi (n. 75/129), sul trasferimento d'azienda (n. 77/187) e sulla tutela contro l'insolvenza delle imprese in crisi (n. 80/987), vedono la luce proprio nel momento in cui il modello dell'armonizzazione (da e verso l'alto) accolto dal Trattato di Roma inizia il suo rapido declino, prima nella retorica ufficiale della Commissione e poco dopo nelle stesse concrete opzioni normative e nell'evoluzione delle fonti primarie della Comunità europea.

Già nel Libro Verde del 1975 sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese, la Commissione ammette espressamente che "una sufficiente convergenza delle politiche economiche e sociali e delle strutture in tali aree non si verificherà automaticamente come conseguenza dell'integrazione dei mercati comunitari"²³⁶, pur rinnovando contestualmente l'impegno alla riduzione dei (soli) "gradi di divergenza che risultassero *inaccettabili*, senza peraltro

The European Community as a Regulatory State, in CCAEL, 1996, vol. V, 1, pp. 321 ss., specialmente pp. 365 ss.; in conformità, tra gli altri, R. DEHOUSSE, *Integration vs. Regulation? Social Regulation in the European Community*, EUI Working Paper Law, n. 23/92.

²³² M. D'ANTONA, *Sistema*, cit., p. 22, parla al proposito di forme di "armonizzazione coesiva", tendenti, cioè, a differenza di quelle di "armonizzazione funzionalista" divise dai padri fondatori, a "conformare la legislazione dei paesi membri a *standards* sostanziali comunitari e [a favorire] la definizione di valori sociali comuni".

²³³ Cfr. S. SCIARRA, *Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne*, in DL, 1995, 1, p. 153.

²³⁴ Vedi e. g. C. BARNARD, *EC Employment Law*, Chichester, 1996, pp. 354 ss.

²³⁵ Vedi ancora W. STREECK, *Neo-voluntarism*, cit., pp. 74-75.

²³⁶ Traggo la citazione da S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, *Community Labour Law*, cit., p. 7.

essere in grado di specificare in qualche dettaglio quali misure avrebbero potuto essere utilmente impiegate allo scopo²³⁷.

La retorica della convergenza (orizzontale) dei sistemi nazionali prenderà ufficialmente il posto di quella dell'armonizzazione (verticale) degli stessi solo più tardi, a partire dai primi anni Novanta, in esplicito omaggio al principio di sussidiarietà, oramai accolto dai trattati²³⁸. L'AUE si sarebbe però nel frattempo incaricato di espungere dal corpo della costituzione economica della Comunità gli elementi portanti del modello originario²³⁹, codificando, a fianco del principio del mutuo riconoscimento quale criterio guida per l'istituzione del mercato interno (sebbene all'inizio soltanto per il settore della tutela della sicurezza e salute dei lavoratori) la diversa regola dell'adozione delle (sole) "prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno stato membro" (ex art. 118A, oggi art. 138, del TCE)²⁴⁰.

L'alternativa al modello originario dell'armonizzazione sociale non riesce, tuttavia, con ciò, a delinearsi chiaramente. Permane un'incertezza di fondo sulla *ratio* giustificativa dell'intervento regolativo comunitario in materia sociale. Riaffiora a tratti nei discorsi della Commissione l'idea che questo debba servire allo scopo di assicurare una sostanziale "parità di costi tra le imprese dei diversi paesi"²⁴¹, un "campo di gioco livellato" in grado di ridurre o quantomeno di smussare lo svantaggio competitivo derivante dall'alto costo del lavoro.

La nozione di "prescrizioni minime applicabili progressivamente" resta del resto lontana da quella di un "*common floor of standards*" proposta da Lord Wedderburn²⁴², che rimanda piuttosto ad un strategia di costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali del lavoratore europeo di ancor più incerta emersione, almeno fino a tempi assai recenti.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Vedi, ad es., Y. CHASSARD, O. QUINTIN, *Social Protection in the European Community: Towards a Convergence of Policies*, in ISSR, 1992, vol. 45, n. 1-2, pp. 91 ss.; B. SCHULTE, *The Welfare State*, cit., pp. 38 ss.

²³⁹ Cfr., in tal senso, ancora S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, *Community Labour Law*, cit., p. 8.

²⁴⁰ Quella regola, ontologicamente diversa dalla nozione di armonizzazione (spontanea) verso l'alto di cui è peraltro ancora lessicalmente incrostatato, ma appunto senza più alcuna ricaduta operativa, l'art. 117 (ora 136) del TCE, è quindi stata estesa a tutta la materia sociale dall'Accordo sulla politica sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht, e perciò in tale sua più ampia versione incorporata nel testo del TCE a seguito della revisione di Amsterdam.

²⁴¹ S. DEAKIN, *Labour Law*, cit., p. 78.

²⁴² LORD WEDDERBURN, *European Community Law and Workers' Rights After 1992: Fact or Fake?*, in ID., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1992, pp. 247 ss., qui p. 273.

La progressiva istituzionalizzazione del dialogo sociale europeo a partire dall'AUE, e la successiva immissione della contrattazione collettiva comunitaria tra le fonti dell'ordinamento giuridico della Comunità²⁴³, si iscrivono, d'altra parte, nello stesso disegno di sostanziale superamento e abbandono del modello originario di armonizzazione sociale. Il contratto collettivo comunitario costituisce, infatti, una "risorsa regolativa" di tipo nuovo dell'ordinamento sovranazionale, disegnata al fine di apprestare strumenti e tecniche nuovi in grado di far fronte al "disagio regolativo" dovuto alla crisi del vecchio modello di armonizzazione²⁴⁴. Una tecnica regolativa dunque essa stessa alternativa a quel modello, e tuttavia dotata – a livello sovranazionale – di un debole fondamento costituzionale e materiale²⁴⁵.

Un secondo – e qui più rilevante – fattore di crisi del modello costituzionale delle origini deriva dalla già evocata erosione dell'autonomia di governo sociale degli Stati membri.

Anche in questo caso sembra materializzarsi una latente contraddizione del modello accolto dal Trattato di Roma, che lega con crescente difficoltà la forte spinta alla integrazione economica, attraverso la costruzione giuridica del mercato comune, ad una difesa altrettanto rigorosa delle prerogative statali in materia sociale. I padri fondatori avevano nella sostanza ritenuto possibile mettere in comune l'elemento economico e lasciare quello sociale all'interno della sfera riservata allo Stato nazionale. I fatti hanno dimostrato che non era possibile tenere separati i due elementi²⁴⁶.

Nelle pagine precedenti²⁴⁷ sono state rapidamente abbozzate le profonde trasformazioni intervenute a partire dalla metà degli anni Settanta nell'economia politica del processo d'integrazione comunitaria, che sono alla base di tale metamorfosi dell'equilibrio costituzionale originario. Nelle pagine che seguono questo secondo momento di radicale trasformazione o, se si vuole, di vero e proprio "sovvertimento" dell'assetto costituzionale delle origini dovrà essere illustrato più in dettaglio, nei diversi profili in cui si scompone.

²⁴³ Vedi da ultimo R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001.

²⁴⁴ In tal senso, A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999, specialmente pp. 237 ss., da cui mutuo la terminologia utilizzata nel testo.

²⁴⁵ Ivi, pp. 297 ss.

²⁴⁶ Cfr., per tale considerazione, A. SUPLOT (sotto la direzione di), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, 1999, p. 11.

²⁴⁷ Vedi retro, al par. 2.

L'immagine degli "Stati sociali semisovrani", suggerita da Leibfried e Pierson²⁴⁸, restituisce comunque efficacemente il senso complessivo di tale metamorfosi e agevola la percezione del carattere profondamente unitario che la caratterizza, al di là dei singoli aspetti che di essa possono essere isolati sul piano analitico. I principi della *lex mercatoria* comunitaria – interpretati dalla Corte di Giustizia allo stesso modo in cui una corte costituzionale applicherebbe una costituzione rigida – si impongono progressivamente come "limiti esterni" alla discrezionalità delle forme di regolazione e di politica sociale già riconosciuta agli Stati membri nella fase in cui la liberalizzazione attuata con l'istituzione del mercato comune lasciava in realtà ancora largamente "sopravvivere l'armamentario delle politiche di sviluppo neomercantilistiche [...] che erano i tratti distintivi del risorto Stato nazionale"²⁴⁹.

Nel determinare la struttura dell'unione economica e monetaria (UEM), il Trattato di Maastricht sancisce, poi, direttamente nel corpo della nuova costituzione europea, la fine dello Stato sociale keynesiano basato sulla piena discrezionalità delle politiche di *deficit spending*²⁵⁰. Predeterminando i limiti massimi del *deficit*, del debito pubblico e del tasso d'inflazione consentiti agli Stati ai fini della partecipazione alla (e della regolare permanenza nella) UEM, il Trattato fissa sostanzialmente i confini del governo macroeconomico degli stessi, ponendo, indirettamente, precisi vincoli alle loro stesse politiche fiscali e sociali.

Nello stesso tempo, sottraendo agli Stati partecipanti il governo della moneta, esso impone loro di misurarsi nella accresciuta competizione intracomunitaria e internazionale principalmente attraverso misure di "flessibilizzazione" reale dei loro sistemi di regolazione del mercato del lavoro e protezione sociale. La dinamica della competizione regolativa tra i sistemi nazionali – istituzionalizzata con la creazione del mercato interno – riceve così, nel contesto dell'UEM, nuova linfa e si riverbera, in forme ancora una volta del tutto inedite rispetto all'assetto originario, nell'indebolimento dello stesso principio di territorialità degli ordinamenti nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

8.- Quello per cui le regole sulla concorrenza e il mercato contenute nel Trattato di Roma *non* dovessero interferire in alcun

²⁴⁸ *Semisovereign Welfare States*, cit., specialmente pp. 44 e 45.

²⁴⁹ A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., p. 194.

²⁵⁰ Non pare inutile ricordare che J. PELKMANS, *The Process of Economic Integration*, cit., p. 9, definiva lo Stato sociale come "every nation-state, the government of which is able to guarantee a large majority of citizens a considerable degree of discretionary spending".

modo con le politiche sociali e del lavoro degli Stati membri²⁵¹, è dato che emerge abbastanza agevolmente dalle linee portanti dell'originario compromesso istituzionale dell'*embedded liberalism*, nei termini nei quali esso è stato in precedenza ricostruito. E che – a voler fare un solo esempio, pur particolarmente eloquente – appare ben illustrato dalla lunga storia di reciproca indifferenza e ininterferenza tra le normative giuslavoristiche e previdenziali nazionali e la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, afflitta, per la verità, sino a tempi relativamente recenti, da una più generale forma di assai sintomatica “letargia”²⁵².

La progressiva “infiltrazione”²⁵³ dei principi della libertà di (e nel) mercato nel corpo, già gelosamente protetto, dei diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta e per effetto della giurisprudenza comunitaria, rappresenta perciò un eclatante motivo di “rottura” dell’iniziale equilibrio costituzionale.

Gli ordoliberali tedeschi hanno tuttavia potuto precocemente interpretare l'indiscussa supremazia per tal via guadagnata dai valori di un'economia di mercato costituzionalmente basata su un sistema di concorrenza “non distorta”, come l'effetto d'una sottile “astuzia della ragione” (*List der Vernunft*)²⁵⁴, in qualche modo

²⁵¹ In termini, A. JEAMMAUD, *Lessons from Secondary Areas of Dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour*, cit., p. 228 ss., sul punto p. 233, secondo cui il problema sollevato dai rinvii pregiudiziali diretti a porre “la questione della compatibilità di certe previsioni emblematiche dei sistemi nazionali di diritto del lavoro [...] con le regole comunitarie in materia di libera circolazione delle merci e di concorrenza”, “non fu certamente previsto dai redattori del testo originario del Trattato ed è stato del resto preso in considerazione da pochissimi cultori del diritto comunitario prima che iniziasse a scuotere l'immaginazione dei giuristi”.

²⁵² Cfr. TSUKALIS, *La nuova economia*, cit., 125. Emblematica, senza dubbio, appare al riguardo l'esperienza italiana: vedi, a mero titolo d'esempio, F. PADOA SCHIOPPA, *L'economia sotto tutela*, Bologna, 1990.

²⁵³ Come l'ha icasticamente chiamata, con espressione ormai entrata nell'uso, G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *DO*, 1992, p. 313. D. PIETERS e J. A. NICKLESS, *Pathways for Social Protection in Europe*, Helsinki, 1998, p. 73, parlano, altrettanto evocativamente, di “euro-creep”, vale a dire di un processo “in base al quale il diritto comunitario filtra la sfera sociale attraverso regole e principi economici quali quelli della libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e del lavoro o delle regole comunitarie della concorrenza”.

²⁵⁴ C. JOERGES, *European Economic Law*, cit., p. 38, che cita A. MÜLLER-ARMACK, *Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes*, in *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration*, Freiburg im Breisgau, 1964, pp. 401, e in particolare p. 405. Il prestigioso autore, conosciuto soprattutto per aver coniato (e teorizzato) la formula della “economia sociale di mercato” (*Soziale Marktwirtschaft*), non è in realtà un esponente diretto dell'*Ordoliberalismus*, col quale, tuttavia, specie per il profilo qui in esame, è

iscritta nella *Wirtschaftsverfassung* comunitaria, che in effetti si viene così a scoprire quasi "calcolatamente" priva d'un altrettanto esplicito e cogente riconoscimento di "contro-valori sociali"²⁵⁵. In tale prospettiva, la primazia guadagnata progressivamente dal diritto comune della concorrenza e del mercato – concepito quale nerbo indiscusso della costituzione economica europea e quale cardine della sua stessa legittimità materiale – ha potuto, cioè, essere utilmente concettualizzata come l'esito pressoché inevitabile, e in un certo senso preordinato, della dialettica normativa innescata dal Trattato di Roma.

L'effetto di integrazione negativa derivante dallo *spill over* dei principi della piena libertà di circolazione dei fattori produttivi e della "*undistorted competition*" ha così potuto essere in tale ottica efficacemente concettualizzato come il preordinato riflesso dello specifica missione fondativa del Trattato e dello stesso più autentico fondamento di legittimità dell'ordinamento comunitario²⁵⁶. "Il mercato viene concepito come la migliore fonte di legittimazione della costituzione economica europea", in una prospettiva in cui questa è letta come preordinata a proteggere "la libertà di mercato e i diritti individuali contro il potere

strettamente imparentato; vedi D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., p. 32.

²⁵⁵ Da tale punto di vista, potrebbe invero dirsi come il compromesso istituzionale dell'*embedded liberalism* soffrisse, nel Trattato di Roma, di un'effettiva asimmetria normativa o istituzionale, che non ha tuttavia dato luogo a squilibri sino a che il diritto sovranazionale primario dell'integrazione economica – orientato *ab imis* alla creazione di un mercato comune aperto e concorrenziale – ha potuto essere bilanciato dal primato politicamente assegnato ai principi dell'economia mista e del *Welfare State* da parte degli Stati membri, anche in ambito comunitario. In altre parole, l'equilibrio si sarebbe di fatto mantenuto sino a quando – per usare una notissima terminologia – la sovranazionalità normativa, che è essenzialmente propria del diritto della concorrenza e del mercato, ha potuto essere bilanciata da una sovranazionalità decisionale orientata alla gelosa preservazione dell'effettiva autonomia degli Stati membri in campo sociale. Non parrebbe perciò azzardato un certo parallelismo con la vicenda della frattura, non ancora ricomposta, del reciproco bilanciamento già esistente tra quella che Joseph Weiler ha per l'appunto chiamato la sovranazionalità del sistema giuridico e la intergovernatività del processo politico-decisionale della Comunità europea. Cfr. J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Bologna, 1985, p. 39 ss., nonché, più recentemente, ID., *The Transformation of Europe*, cit., pp. 16 ss.

²⁵⁶ Vedi, ad esempio, già W. RÖPKE, *International Order and Economic Integration*, Dordrecht, 1959. Più di recente, vedi E.-J. MESTMÄCKER, *On the Legitimacy of European Law*, in *RZ*, 1994, n. 58, pp. 615 ss., e, per ulteriori indicazioni, W. SAUTER, *The Economic Constitution*, cit., pp. 47 ss., nonché C. JOERGES, *The Market without the State? The "Economic Constitution" of the European Community and the Rebirth of Regulatory Policies*, *European Integration online Papers*, 1997, vol. 1, n. 19, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>.

pubblico"²⁵⁷, cioè contro l'ingerenza dello Stato nella sfera economica.

La vicenda interpretativa dell'art. 30 (ora 28) del TCE ha in tal senso – come meglio potrà essere verificato nella seconda parte di questo studio – una chiara valenza paradigmatica²⁵⁸.

La disposizione – vero e proprio fulcro della costituzione economica europea – ha nella sostanza finito per essere letta dalla Corte di giustizia – almeno sino alla recente decisione nelle cause *Keck e Mithouard*²⁵⁹ – prevalentemente come una "*economic due-process clause*"²⁶⁰. Pur non aprioristicamente orientata in senso neoliberista, ma piuttosto indirizzata da un approccio che Poiares Maduro ha definito di "attivismo maggioritario"²⁶¹, ovvero programmaticamente diretto a far prevalere il punto di vista della *polity* comunitaria, la Corte di giustizia ha cioè in pratica finito per interpretare l'art. 30 come dispositivo di controllo e revisione del livello di regolazione pubblica consentito ai singoli Stati membri nei rispettivi mercati²⁶².

L'ampia nozione di "misura di effetto equivalente" come qualunque "normativa commerciale che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi comunitari", accolta sin dalla celebre sentenza in causa *Dasonville*²⁶³, ha così favorito la "tracimazione del diritto dell'integrazione mercantile in ogni sfera politica e sociale"²⁶⁴.

Anche se non dal punto di vista del livello di governo comunitario, adottato dalla Corte, da quello del livello nazionale di regolazione

²⁵⁷ M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 109.

²⁵⁸ Oltre all'importante libro di Poiares Maduro, sopra citato, vedi, da ultimo, sin d'ora, J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution*, cit., pp. 349 ss.; A. MALTONI, *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Profili costituzionali*, Milano, 1999.

²⁵⁹ Corte di giustizia CE, cause riunite C-267 e C-268/91, in *Racc.*, 1993, I, p. 6097, sulla quale vedi, tra i tanti, N. REICH, *The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *CMLR*, 1994, 459 ss. Ma la lettura della sentenza è controversa, e secondo taluni (tra cui lo stesso M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 78) essa non avrebbe, in realtà, una portata eversiva o rivoluzionaria rispetto ai precedenti orientamenti della Corte, ma, al più, come anche chi scrive è orientato a ritenere, di blanda "riforma".

²⁶⁰ Si veda peraltro quanto precisa M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., pp. 74 e 173, dal quale traggò la terminologia utilizzata nel testo.

²⁶¹ Ivi, p. 68. Per una diversa valutazione, che pare tuttavia eccessivamente critica nei confronti del ruolo giocato dalla Corte, vedi W. STREECK, *From Market Making*, cit., pp. 399-400.

²⁶² Cfr. ancora M. POIARES MADURO, *Never on a Sunday – What Has (EU) Law Got to Do With It?*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law*, cit., p. 273 ss., specialmente p. 281.

²⁶³ Corte di giustizia CE, causa 8/74, in *Racc.*, 1974, p. 837.

²⁶⁴ M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 23.

e d'intervento pubblico e/o sociale, l'approccio "maggioritario" seguito dai giudici di Lussemburgo ha certamente determinato, assai spesso, sebbene certo non sempre, "effetti deregolativi"²⁶⁵ di varia intensità e portata.

Il filtro offerto dall'art. 36 (ora 30) del TCE o, ancora, dalla rigorosa valutazione delle "esigenze imperative", non sempre ha consentito (e consente) alla Corte un'adeguata tutela di diritti e valori sociali spesso profondamente radicati nei contesti nazionali. Né ha sempre permesso (e permette) di garantire spazi sufficienti e certi per un corretto bilanciamento tra le esigenze di apertura e di regolare funzionamento del mercato interno e quelle di tutela dei diritti sociali eventualmente riconosciuti come fondamentali nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Almeno gli esordi, seppur forse non gli esiti finali, della famosa *Sunday Trading Saga*²⁶⁶ avevano già chiaramente rivelato questa inadeguatezza o forse meglio tale incertezza di fondo. La più recente vicenda occasionata dagli scioperi degli agricoltori e degli autotrasportatori francesi e sfociata poi, dopo il transito davanti alla Corte di giustizia, nell'adozione del regolamento n. 2679/1998, ne offre un'ulteriore, significativa conferma. La libertà di circolazione delle merci finisce, in tale ultimo caso, per imporsi verticalmente come nuovo limite comunitario all'esercizio del conflitto sindacale all'interno dei confini nazionali. Un limite costruito a misura della libertà economica e che determina evidenti e inediti problemi di bilanciamento col diritto di sciopero, come noto ancora formalmente escluso – perlomeno in positivo – dalla sfera delle competenze comunitarie (art. 137.6 del TCE)²⁶⁷.

I problemi di (s)bilanciamento – e gli effetti di pura integrazione negativa – così sommariamente esemplificati con riguardo all'art. 30 del Trattato, risultano, del resto, non meno rilevanti quando ad insinuarsi all'interno dei sistemi nazionali di "droit social" siano direttamente le norme comuni sulla concorrenza, intese in senso stretto (art. 81 e seguenti del TCE)²⁶⁸.

Si tratta di temi che come detto verranno meglio ripresi e più diffusamente approfonditi nella seconda parte di questo lavoro.

²⁶⁵ Ancora M. POIARES MADURO, *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU*, cit., pp. 449 ss., qui p. 455; rilievi simili esprime S. WEATHERILL, *Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation*, in *CMLR*, 1999, pp. 51 ss., specialmente pp. 52 e 54.

²⁶⁶ M. POIARES MADURO, *Never*, cit., p. 273, la definisce "uno degli esempi più significativi sia di uso strategico del diritto comunitario, sia di conflitto tra regole dell'integrazione mercantile e sistemi nazionali di regolazione sociale".

²⁶⁷ Entrambe le vicende saranno meglio esaminate nella parte seconda di questo lavoro, di cui vedi, in particolare, il par. 4.

²⁶⁸ Anche in tal caso vale, come sopra, il rinvio alla seconda parte dello studio, di cui vedi i paragrafi 5 e seguenti.

In questa ricognizione dei principali versanti della trasformazione della costituzione economica comunitaria, è tuttavia opportuno osservare come – in tutti i casi evocati – ciò che appare chiaro è che le politiche sociali e i diritti del lavoro nazionali, a partire in buona sostanza dai tardi anni Ottanta, abbiano dovuto cominciare a misurarsi coi (e tendenzialmente adeguarsi ai) “*market compatibility requirements*”²⁶⁹ imposti – per il tramite della giurisprudenza della Corte – dalle regole sovranazionali della concorrenza e del mercato, con problemi di convivenza e, più spesso, di concreto contrasto e conflitto, del tutto sconosciuti alla lunga esperienza applicativa precedente. La rilevante compressione o limitazione “della libertà d’azione nel campo della politica sociale dei singoli Stati membri”²⁷⁰, che ne è conseguita in nome delle esigenze dell’integrazione mercantile e dei principi della libertà di concorrenza, appare dunque l’elemento di più evidente alterazione del quadro originario.

Altrettanto evidente è apparso lo squilibrio costituzionale provocato da tale intrusione del diritto sovranazionale della concorrenza e del mercato nei diritti del lavoro nazionali²⁷¹. Il pericoloso dislivello tra integrazione negativa e integrazione positiva, tra esigenze economiche e valori sociali, in tal modo determinato, ha finito per aggiungere al *deficit* democratico comunitario – per riprendere ancora le parole di Poiarses Maduro – uno specifico e altrettanto grave *deficit* costituzionale: “lo *spill-over* dell’integrazione mercantile virtualmente in ogni area del diritto è infatti rimasto “prigioniero” del formalismo e dei limiti costituzionali dei Trattati; l’uso funzionale delle regole per l’integrazione del mercato ed il tipo di *litigation* ad esso associata sono stati oggetto di una ristretta comunità di interessi e attori; non si è sviluppato al riguardo alcun discorso politico al livello sovranazionale; e la logica dell’integrazione mercantile è risultata dominare la costituzione economica europea e la sua supremazia sul diritto nazionale”²⁷².

9.- I principi che governano la UEM contribuiscono, per altro verso, ad approfondire un tale *deficit* e paiono anzi comportare una trasformazione ancor più incisiva “della relazione tra potere

²⁶⁹ S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Semisovereign Welfare States*, cit., p. 44.

²⁷⁰ C. BARNARD, S. DEAKIN, *European Community*, cit., p. 145.

²⁷¹ Vedi, tra i tanti, anche F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, cit., specialmente pp. 32 e 65 ss., e W. DÄUBLER, *Verso un diritto del lavoro europeo?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, *Diritto del lavoro*, Milano, 1998, pp. 201 ss., specialmente pp. 215-216.

²⁷² M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 30.

pubblico ed economia che ha distinto la storia dello Stato del ventesimo secolo²⁷³.

L'interrogativo, proposto qualche anno fa da Francis Snyder, se la UEM possa essere considerata una "metafora dell'Unione europea"²⁷⁴, il tropo o traslato dell'intero processo di integrazione comunitaria e di europeizzazione dei sistemi politici, economici e giuridici nazionali, rimane ancor oggi inevitabilmente aperto²⁷⁵. Con meno dubbi la UEM può essere invece considerata come la metafora capace più di qualunque altra di racchiudere il senso complessivo delle trasformazioni della costituzione economica comunitaria, di cui dopo il Trattato di Maastricht viene senza dubbio a costituire – insieme al mercato unico – l'ossatura portante. E non è un caso che la UEM indichi ormai nel linguaggio corrente quasi per sineddoche la costituzione economica europea, pur se è evidente che la "parte" non potrebbe aspirare "correttamente" a rappresentare il "tutto", se solo si tiene conto, ad esempio, della differenziazione interna derivante, allo stato, dalla mancata partecipazione di tre paesi membri alla fase finale del processo di unificazione monetaria.

Nel Trattato di Maastricht trova compimento un lungo processo di trasformazione dell'economia politica dell'integrazione europea, in cui mutamenti delle idee economiche e della stessa "economia mondo" occidentale²⁷⁶, cambiamenti dei modelli politico-istituzionali e delle costellazioni degli interessi e delle preferenze nazionali degli Stati membri, finiscono per coagularsi tutti attorno all'esigenza di assicurare il primato della stabilità monetaria²⁷⁷, fulcro dell'idea di Comunità europea come "*Stabilitätsgemeinschaft*"²⁷⁸.

L'asimmetria istituzionale tra polo monetario e polo economico della UEM riflette l'indiscussa priorità assegnata all'obiettivo della stabilità del valore (interno ed esterno) della moneta, ed è l'aspetto nel quale – di conseguenza – più evidente appare la trasformazione

²⁷³ I. HARDEN, *The Constitution of the European Union*, in *PL*, 1994, pp. 609 ss., qui p. 610.

²⁷⁴ F. SNYDER, *EMU – Metaphor for European Union? Institutions, Rules and Types of Regulation*, in R. DEHOUSSE (a cura di), *Europe After Maastricht*, cit., pp. 63 ss.

²⁷⁵ Cfr. anche K. DYSON, *EMU as Europeanization: Convergence, Diversity and Contingency*, in *JCMS*, 2000, pp. 645 ss.

²⁷⁶ Per usare l'espressione braudeliana: cfr. F. BRAUDEL, *La dinamica del capitalismo*, trad. it., Bologna, 1981, pp. 90 ss.

²⁷⁷ Cfr. B. EICHENGREEN, J. A. FRIEDEN, *The Political Economy of European Monetary Unification: An Analytical Introduction*, in ID. (a cura di), *The Political Economy of European Monetary Unification*, Boulder, 2001, pp. 1 ss.

²⁷⁸ È la nota espressione usata dal Tribunale costituzionale tedesco nell'altrettanto celebre sentenza "Maastricht" del 12 ottobre 1993; la si veda in traduzione italiana in *RDIPP*, 1994, n. 1, pp. 161 ss.

costituzionale del ruolo economico dello Stato nella nuova *Wirtschaftsverfassung* comunitaria.

Nella fase finale della UEM la responsabilità della politica monetaria è attribuita in via esclusiva, nell'ambito del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), alla Banca centrale europea (BCE), che adempie alla sua missione in assoluta autonomia e indipendenza (artt. 108 e 109, TCE), con l'obiettivo principale di assicurare "il mantenimento della stabilità dei prezzi" (art. 105.1).

Solo fatto salvo tale prioritario obiettivo, il SEBC – che "agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" – "sostiene le politiche economiche generali nella Comunità" (art. 105.1, TCE), al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi definiti dall'art. 2 del Trattato²⁷⁹.

La BCE è dunque – rispetto alla politica monetaria²⁸⁰ – vero e proprio "decisore federale che ha come obiettivo la stabilità dei prezzi"²⁸¹. Gli Stati membri (partecipanti alla fase finale della UEM) cedono interamente e irrevocabilmente la loro sovranità monetaria alla BCE, che agisce rispetto ad essa con la pienezza di poteri di una banca centrale federale assolutamente indipendente: "isola federale"²⁸² in un sistema che tale non è, né, probabilmente, tale è destinato (compiutamente) a divenire.

A questa competenza e questa sfera di potere di natura schiettamente federale²⁸³, che ha come obiettivo rigido quello della

²⁷⁹ Ovvero degli obiettivi generali consistenti nell'impegno di promuovere – attraverso il mercato e le politiche comuni e l'unione monetaria – "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri".

²⁸⁰ Non però, almeno formalmente, rispetto alla politica dei cambi. Ai sensi del tortuoso disposto dell'art. 111 del TCE, la competenza rispetto ad essa risulta, infatti, divisa tra il Consiglio (l'ECOFIN) e la BCE, il primo titolare di un generale potere di indirizzo e della capacità di concludere accordi internazionali su un sistema di tassi di cambio con valute non comunitarie, la seconda del potere di ordinaria conduzione della politica di cambio. L'art. 111.2 ha peraltro cura di precisare che gli orientamenti generali di politica di cambio formulati dal Consiglio, previa consultazione o su raccomandazione della BCE, non debbono pregiudicare l'obiettivo prioritario del SEBC di mantenere la stabilità dei prezzi.

²⁸¹ A. PREDIERI, *Euro*, cit., p. 238.

²⁸² S. MANTOVANI, *La moneta europea tra economia e politica*, in *SM*, 2000, pp. 53 ss., qui p. 82.

²⁸³ Cfr. ancora A. PREDIERI, *Euro*, cit., ad es. pp. 35, 319 e 337, ove in particolare si parla di "netto carattere federale del subsistema monetario". In senso analogo, F. MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *DUE*, 1997, n. 1-2. Cfr. peraltro la diversa lettura di S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., pp. 150 ss., e di C. ZILIOI, M. SELMAYR, *The European Central Bank: an Independent*

stabilità dei prezzi, si contrappone la competenza decentrata degli Stati membri in materia di politica economica, competenza generale ma non libera, in quanto vincolata dai parametri che fissano i confini della rettitudine fiscale e della discrezionalità del *management* macroeconomico, in particolare attraverso le regole in tema di disavanzo eccessivo.

La conduzione della politica economica rimane, infatti, di competenza degli Stati membri, i quali pure si impegnano ad agire "nel rispetto dei principi di un'economia aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse" (art. 98, TCE). Essi considerano le loro politiche economiche una questione di interesse comune e le coordinano nell'ambito del Consiglio (art. 99.1, TCE), cui spetta l'elaborazione degli indirizzi di massima per le stesse ed a cui fa capo la procedura di sorveglianza multilaterale prevista ai fini della loro corretta implementazione²⁸⁴.

Il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri si realizza nell'ambito di una procedura multilaterale dai tratti marcatamente intergovernativi²⁸⁵. Nel suo ambito, il Consiglio ha a disposizione essenzialmente strumenti di *soft law*.

Secondo un modello che il Trattato di Amsterdam estenderà, perfezionandolo, alle politiche dell'occupazione, gli indirizzi di massima annualmente elaborati dal Consiglio su raccomandazione della Commissione posseggono natura eminentemente programmatica e non producono effetti giuridicamente vincolanti. Di contenuto assai ampio e progressivamente estesosi negli anni all'intero spettro delle politiche economiche degli Stati membri, non escluse quelle relative al mercato interno e quelle sociali, tali

Specialized Organization of Community Law, in *CMLR*, 2000, pp. 591 ss., che, da prospettive differenti, sottolineano l'improprietà del richiamo dei concetti di "federazione/federalizzazione" (sia pure parziale e/o delle sole politiche monetarie), evidenziando il carattere del tutto atipico e originale d'una sovranità monetaria senza Stato, nei modi in cui si realizza, all'interno dell'UEM, in capo alla BCE.

²⁸⁴ In argomento, in generale, nell'ambito della vasta letteratura, vedi, tra i tanti, da un'angolatura giuridica: F. SNYDER, *EMU Revisited: Are we Making a Constitution? What Constitution are we Making?*, *EUI Working Paper Law*, n. 98/6; J.-V. LOUIS, *A Legal and Institutional Approach for the Building of a Monetary Union*, in *CMLR*, 1998, pp. 33 ss.; ID., *La politique économique*, in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, vol. 6, *Union économique et monétaire-Cohesion économique et sociale-Politique industrielle et technologique européenne*, Bruxelles, 1998, cap. III, pp. 27 ss.; S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., p. 75 ss. Da un punto di vista economico, cfr., *ex multis*, M. BUTI, A. SAPIR (a cura di), *La politica economica nell'Unione economica e monetaria*, trad. it., Bologna, 1999, e G. MONTANI, D. VELO (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa e in Italia*, Milano, 2000.

²⁸⁵ Cfr. S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., pp. 67 ss.

indirizzi hanno – in senso tecnico – natura giuridica di raccomandazioni.

Man mano che ci si avvicina al nucleo delle politiche economiche più strettamente interrelate col raggiungimento degli obiettivi di stabilità monetaria imputati al SEBC e alla BCE, la procedura tende a farsi tuttavia più stringente, lo strumentario a disposizione del Consiglio si adegua alla “durezza” dell’obiettivo prioritario del sistema, e la *soft law* cede gradualmente ma decisamente il passo alla *hard law*. Il fondamentale principio costituzionale di stabilità esercita in tal modo tutta la sua forza attrattiva sulla procedura di coordinamento delle politiche economiche, munendosi di strumenti atti ad assicurare la massima effettività e vincolatività dei parametri relativi alla sanità delle finanze pubbliche degli Stati membri.

Essenzialmente al fine di consentire alla BCE il miglior raggiungimento del suo primario obiettivo istituzionale²⁸⁶, lo stesso Trattato in via generale, e più specificamente il Patto di stabilità e crescita, impongono infatti direttamente – in termini del tutto inediti nel panorama costituzionale offerto dalle esistenti federazioni economiche²⁸⁷ – penetranti vincoli e restrizioni al *management* macroeconomico degli Stati partecipanti alla UEM.

Funzionali alla garanzia del principio della stabilità dei prezzi, e per questo assistite da un efficace apparato di controlli preventivi e di sanzioni *ex post*, le regole di sana gestione rappresentano il fulcro del sistema. Vengono così imperativamente determinati i limiti massimi del *deficit* e del debito pubblico²⁸⁸; delineate le

²⁸⁶ J. FAYOLLE, *L'ordinamento economico e sociale dell'Unione monetaria: un'analisi dei problemi*, in G. MONTANI, D. VELO (a cura di), *Il governo*, cit., p. 99, definisce il Patto di stabilità come “una assicurazione antinflazionistica accordata alla Banca centrale europea”. La funzione del Patto è, d’altro lato, quella di rafforzare la dote istituzionale di credibilità della nuova autorità monetaria sovranazionale e di ridurre, per tal via, il rischio – assai concreto (M. DE CECCO, *La Banca Centrale Europea e i rischi della deflazione*, in *SM*, 1998, pp. 339 ss.) – che la BCE sia costretta a politiche restrittive o deflative anche oltre quanto sarebbe opportuno per ottenere dai mercati il riconoscimento di siffatta credibilità. Sul punto, vedi anche G. AMATO, *Come fronteggiare gli shock asimmetrici*, in *EE*, 1998, n. 3, p. 59, e J.-P. FITOUSSI, *Una politica economica restrittiva è l'unica strada per l'EMU?*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Oltre l'Euro*, cit., pp. 105 ss.

²⁸⁷ Cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *The Genesis of EMU*, cit., p. 19, e – in termini molto critici – J. GRAHL, *European Monetary Union: Problems of Legitimacy, Development and Stability*, London, 2001, pp. 26 ss.

²⁸⁸ Il Patto di stabilità e crescita prende al riguardo in considerazione il solo limite (del 3% del PIL) relativo all’eccesso di *deficit* e non quello (pari al 60% del PIL) concernente il debito pubblico (tendenziale). Quest’ultimo parametro, pertanto, rimane soggetto a controllo e a correzione unicamente nei termini previsti dall’art. 104 del TCE e dai due protocolli in materia allegati al Trattato. Vedi H. J. HAHN, *The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty*, in *CMLR*, 1998, pp. 77 ss.

procedure di monitoraggio e sorveglianza sugli andamenti delle finanze pubbliche degli Stati membri in vista della convergenza intorno all'obiettivo a medio termine di una "situazione di bilancio della pubblica amministrazione con un saldo prossimo al pareggio o in attivo" (art. 3.2, lett. a), del regolamento n. 1466/97); definite rigorosamente le condizioni in presenza delle quali è eccezionalmente ammesso il superamento del limite di disavanzo pubblico consentito; stabilite in modo severo le sanzioni per il caso di inosservanza dei parametri ad esso relativi.

La funzione del Patto di stabilità è esattamente quella di rendere permanenti i vincoli di bilancio e più certo e rapido il sistema di controllo e sanzione per il caso di loro inosservanza da parte degli Stati membri, in particolare attraverso l'articolazione di una procedura il cui scopo principale è proprio quello di ridurre il più possibile i margini di libero apprezzamento e di discrezionalità politica che in merito residuano in capo al Consiglio²⁸⁹.

Come è stato efficacemente puntualizzato, "il regime economico-monetario di Maastricht è così caratterizzato da tre componenti interrelate che contrappongono la sanità e la saldezza economica al governo democratico: la canonizzazione della stabilità dei prezzi come obiettivo dominante, la rigida disciplina di bilancio ed il sistema delle banche centrali splendidamente isolato dal gioco e dall'influenza politica"²⁹⁰. Quali elementi chiave della costituzione economica europea, esse toccano le fondamenta più profonde della stessa Unione e trasformano ad un tempo il quadro costituzionale degli Stati membri.

La stabilità dei prezzi assurge a "nuova *Grundnorm*"²⁹¹ comunitaria con una forza sconosciuta alla stessa tradizione costituzionale tedesca, che pure ha evidentemente più influito sul concreto modellamento delle regole della UEM²⁹². In funzione di essa vengono garantite la piena autonomia e indipendenza della BCE e sono strettamente limitate e vincolate le politiche di bilancio degli Stati membri. Nel perseguire il mandato volto ad assicurare

²⁸⁹ Cfr. H. J. HAHN, *The Stability Pact*, cit., specialmente pp. 89 ss.; S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., pp. 45 ss., specialmente p. 51; F. AMTENBRINK, J. DE HAAN, O. C. H. M. SLEIJPEN, *Stability and Growth Pact: Placebo or Panacea?*, in *EBLR*, 1997, pp. 202 ss.; L. BINI SMAGHI, C. CASINI, *Monetary and Fiscal Policy Co-operation: Institutions and Procedures in EMU*, in *JCMS*, 2000, pp. 375 ss., specialmente p. 384.

²⁹⁰ M. J. HERDEGEN, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, in *CMLR*, 1998, pp. 9 ss., qui p. 10.

²⁹¹ Ivi, p. 21; in senso adesivo, C. ZILIOLI, M. SELMAYR, *The European Central Bank*, cit., p. 628.

²⁹² Cfr., tra i tanti, F. SNYDER, *EMU - Metaphor for European Union?*, cit., p. 68; M. J. HERDEGEN, *Price Stability*, cit., p. 16; A. PREDIERI, *Euro*, cit., pp. 283 ss.

“la libertà dall’inflazione all’interno dell’Unione europea”²⁹³, la BCE non è vincolata che indirettamente e secondariamente dall’art. 2 del TCE. La *lex specialis* di cui all’art. 151.1 le impone, infatti, di perseguire gli obiettivi generali di cui all’art. 2 solo se e quando non si pongano in contrasto con quello della stabilità dei prezzi²⁹⁴.

La creazione di un’istituzione sovranazionale dotata – per effetto della completa cessione in suo favore delle sovranità monetarie statuali – di poteri del tutto analoghi a quelli d’una banca centrale federale, a Maastricht non è stata però accompagnata “dalla edificazione di istituzioni capaci di decidere sulle priorità politiche e di compiere scelte tra valori sociali concorrenti”²⁹⁵. Lo sviluppo di pur labili e ancora solo embrionali elementi di un governo economico europeo costituisce – come avremo modo di vedere più avanti – vicenda più recente, sostanzialmente successiva al vertice di Amsterdam ed estranea al dogmatismo finanziario e monetario consacrato a diritto comunitario primario dal Trattato di Maastricht²⁹⁶.

La BCE resta in realtà l’unico decisore politico autenticamente sovrano del sistema²⁹⁷. Essa non si confronta (ancora) con un autentico governo europeo dell’economia²⁹⁸, né esiste (ancora) a livello sovranazionale una rete di relazioni sociali e istituzionali anche solo latamente comparabile con quelle nelle quali erano immerse le banche centrali nazionali e, prima e più di altre, la

²⁹³ C. ZILIOI, M. SELMAYR, *The European Central Bank*, cit., p. 629.

²⁹⁴ Ivi, pp. 629 ss., per la sottolineatura della netta differenza sussistente, anche sotto tale profilo, tra BCE e *Federal Reserve Bank*, essendo quest’ultima vincolata al cosiddetto “*dual mandate*”, cioè all’obbligo di promuovere pieno impiego e prezzi stabili, bilanciando attentamente tra i due obiettivi. Cfr. anche J. GRAHL, *European Monetary Union*, cit., pp. 19-20.

²⁹⁵ F. SNYDER, *EMU Revisited*, cit., p. 75, che considera una tale realtà come foriera di “un serio rischio di grave *gap* istituzionale nel cuore dell’integrazione europea”.

²⁹⁶ Di dogmatismo, e addirittura di “tirannia finanziaria”, parla J.-P. FITUOSS, *Il dibattito proibito. Moneta, Europa, povertà*, trad. it., Bologna, 1997, pp. 40 e 165 ss.; in termini analoghi si esprime G. DAWSON, *Governing the European Macroeconomy*, cit., p. 117.

²⁹⁷ Vedi A. PREDIERI, *Euro*, cit., pp. 266 ss.

²⁹⁸ È su tale profilo che, come noto, più si appuntano le critiche d’ispirazione neo-keynesiana all’ordinamento della UEM. Le proposte di trasformare il Comitato Euro 11 (Euro 12, dopo l’ingresso della Grecia) in un vero e proprio governo dell’economia europea – variamente articolate nel dibattito scientifico e sempre più presenti in quello politico, soprattutto su impulso francese – intendono fornire una risposta di tipo *lato sensu* neo-keynesiano a tale *gap*. Vedi ad esempio la proposta in tal senso avanzata da G. LA MALFA, *L’Europa legata. I rischi dell’Euro*, Milano, 2000, pp. 116 ss., e cfr., più in generale, R. BOYER, *The Unanticipated Fallout of European Monetary Union: The Political and Institutional Deficits of the Euro*, in C. CROUCH (a cura di), *After the Euro. Shaping Institutions for Governance in the Wake of European Monetary Union*, Oxford, 2000, pp. 24 ss., specialmente pp. 77 ss. Il tema sarà comunque ripreso più avanti.

stessa *Bundesbank*²⁹⁹. Il presupposto è che in tale “splendido isolamento” essa possa più efficacemente e con maggior credibilità perseguire il fondamentale obiettivo della stabilità dei prezzi e, quindi, per tal via, assicurare e sostanzare la sua propria fonte di legittimazione tecnocratica e non maggioritaria³⁰⁰.

Ma ciò introduce un innegabile elemento di asimmetria e di sfasatura, nella misura in cui – nel nome della stabilità del sistema – vengono incrinati “quegli equilibri di potere che connotano un’economia poliarchica organizzata che sta alla base del costituzionalismo odierno”³⁰¹. Alla piena sovranità monetaria della BCE, “che è decisore di indirizzo liberamente prescelto, si contrappone un’impostazione di vincolo alla libertà degli Stati che vengono stretti dal sistema di soglie rigide [...] imposta dalla normazione sul bilancio”³⁰².

Vincolando le chiavi della politica economica alle prescrizioni contenute nei trattati, la costituzione della UEM dà precisa sanzione giuridica all’assottigliamento della “capacità keynesiana”³⁰³ degli Stati membri. Essa giuridifica, con il massimo rigore, quel principio di “austerità permanente” dello Stato sociale³⁰⁴, reputato intrinseco all’effettiva logica operativa dei *Welfare* maturi nell’era della globalizzazione dei mercati e della trasformazione postindustriale dei loro fondamenti socio-economici³⁰⁵.

Il diritto sovranazionale primario si erge in tal modo a “guardiano” dei modelli di razionalità e di prudenza economica dominanti³⁰⁶, trasformando alle radici l’architettura politico-istituzionale costruita in Europa occidentale all’indomani della fine della seconda guerra mondiale³⁰⁷.

Se il Novecento è “il secolo del tentativo (da sottolineare: solo del tentativo) di appropriazione (o di riappropriazione) dell’economico da parte del politico”³⁰⁸, può ben dirsi che, viceversa, “l’intero progetto dell’unione monetaria rappresenta un ambizioso

²⁹⁹ Cfr. C. CROUCH, *Introduction: The Political and Institutional Deficits of European Monetary Union*, in ID. (a cura di), *After the Euro*, specialmente pp. 10 ss.

³⁰⁰ Come la definiscono ad es. A. PREDIERI, *Euro*, cit., p. 271, e G. MAJONE, *Regulating Europe*, cit., pp. 284 ss.

³⁰¹ A. PREDIERI, *Euro*, cit., p. 334.

³⁰² Ivi, p. 335.

³⁰³ W. STREECK, *Neo-Voluntarism*, cit., p. 86.

³⁰⁴ P. PIERSON, *Lo Stato sociale nell’era dell’austerità permanente*, in *RISP*, 1999, n. 3, p. 393.

³⁰⁵ Cfr. G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford, 1999.

³⁰⁶ M. J. HERDEGEN, *Price Stability*, cit., p. 9.

³⁰⁷ R. BOYER, *The Unanticipated Fallout*, cit., specialmente pp. 27 e 35.

³⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1992, p. 135.

programma politico all'insegna del determinismo economico nei confronti della politica³⁰⁹. Frutto, esso stesso, come è stato detto, di una duplice sfiducia politica: "la sfiducia nella politica che si è diffusa tra gli scienziati sociali e nell'opinione pubblica a seguito dei fallimenti delle politiche keynesiane e di molte forme di intervento pubblico nell'economia e la sfiducia reciproca tra i paesi firmatari del trattato animati da diverse preferenze sugli obiettivi di politica economica e timorosi di comportamenti opportunistici da parte dei *partner*"³¹⁰.

E può, a maggior ragione, ripetersi ciò che Claus-Dieter Ehlermann poteva già dire, non senza una punta di compiacimento, alla vigilia della decorrenza della data simbolo del progetto del mercato interno: che "la Comunità europea possiede la costituzione più fortemente orientata al mercato nel mondo"³¹¹.

10.- Mentre pongono forti vincoli e restrizioni alle politiche di bilancio e, indirettamente, a quelle fiscali³¹² degli Stati membri della UEM³¹³, né il TUE né il Patto di stabilità e crescita compensano i limiti di azione così determinati al livello del governo macroeconomico nazionale con l'istituzione di meccanismi comunitari di stabilizzazione e/o redistribuzione ad attivazione automatica per l'eventualità – per nulla remota, almeno in teoria³¹⁴ – di *shock* asimmetrici nell'area dell'Euro.

³⁰⁹ C. CROUCH, *Introduction*, cit., p. 5; in questo senso soprattutto R. BOYER, *The Unanticipated Fallout*, cit., p. 24 ss., che peraltro sottolinea assai finemente i possibili risvolti paradossali di una tale impostazione.

³¹⁰ S. MANTOVANI, *La moneta*, cit., p. 54.

³¹¹ C.-D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *CMLR*, 1992, pp. 257 ss., qui p. 273. Sono questi aspetti della costituzione economica europea post-Maastricht a indurre G. GUARINO (*La grande Rivoluzione*, cit., p. 203) ad affermare, con altrettanta enfasi, che "lo Stato non è un sovrano, ma ha un sovrano. Il suo sovrano è, tramite il Trattato, il mercato".

³¹² I cui margini di manovra sono evidentemente vincolati di riflesso dai livelli dei saldi di bilancio previsti; sul punto vedi, per tutti, C. SECCHI, *Verso l'Euro. L'Unione Economica e Monetaria motore dell'Europa unita*, Venezia, 1998, p. 121; L. BINI SMAGHI, *L'euro*, Bologna, 1998, pp. 30 ss.

³¹³ G. LA MALFA, *L'Europa*, cit., p. 103, parla di una tendenziale "sterilizzazione" delle politiche di bilancio degli stati membri, nella misura in cui esse debbono tendere nel medio periodo al pareggio o all'attivo. Una tale rigorosa disciplina di bilancio è invero immediatamente correlata all'assenza di stabilizzatori automatici europei, essendo *inter alia* rivolta a spingere gli Stati membri a crearsi uno "spazio di manovra nelle fasi favorevoli del ciclo, per poter poi utilizzare pienamente i [loro] meccanismi di stabilizzazione nelle fasi di rallentamento dell'economia" (L. BINI SMAGHI, *L'euro*, cit., p. 38).

³¹⁴ Come noto, la UEM non viene dai più mundellianamente considerata, almeno nel suo insieme, un'area monetaria ottimale, e ciò a causa, principalmente, della bassa mobilità del lavoro, della relativa rigidità dei salari e dell'assenza di un mercato finanziario compiutamente unificato, almeno a confronto con quello

Alla centralizzazione della politica monetaria corrispondono perciò politiche di bilancio essenzialmente decentrate a livello nazionale e solo coordinate a livello europeo. I limiti che il Trattato e il Patto di stabilità pongono per tal via alla libertà d'azione degli stabilizzatori e degli strumenti di redistribuzione operanti al livello nazionale non vengono compensati attraverso un adeguato rafforzamento del bilancio comunitario, che si attesta – ed è verosimilmente destinato a mantenersi – ben al di sotto di quella che viene usualmente indicata come la soglia di un *budget* appropriato per un'entità anche solo prefederale³¹⁵.

Per le sue assai ridotte dimensioni e nei termini in cui rimane configurato, il bilancio della Comunità è di per sé inidoneo a garantire una tale funzione di stabilizzazione³¹⁶.

D'altra parte, i Fondi strutturali sono per definizione congegnati come forme di redistribuzione permanente del reddito tra gli Stati membri (o meglio fra le loro regioni), e non si prestano, quindi, *ex se*, pur nei limiti delle loro disponibilità finanziarie, appunto “inelastiche rispetto a disturbi temporanei”³¹⁷, ad operare come stabilizzatori automatici in caso di episodi di recessione che colpiscano asimmetricamente uno o più paesi dell'Unione europea.

Né può essere al riguardo considerato un valido surrogato il debole meccanismo solidaristico contemplato dall'art. 100 del Trattato. Congegnato per l'ipotesi estrema in cui uno Stato membro versi in difficoltà (o sia “seriamente minacciato da gravi difficoltà”) a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il

statunitense. Essa è perciò reputata più facilmente esposta a possibili *shock* asimmetrici o, per meglio dire, meno attrezzata ad assorbirli in maniera efficiente. Del resto, stando a recenti analisi e rilevazioni, l'esperienza dei primi due anni di vita dell'euro mostrerebbe che “a un certo aumento dell'integrazione economica ha corrisposto il riemergere di asimmetrie che erano andate invece scemando nel periodo immediatamente precedente la creazione dell'UEM” (così ISAE – ISTITUTO DI STUDI E ANALISI ECONOMICA, *Rapporto sullo stato dell'Unione Europea*, a cura di F. Kostoris Padoa Schioppa, Bologna, 2001, p. 127). E ciò, all'evidenza, determina potenzialmente rilevanti problemi nella gestione (necessariamente unitaria) della politica monetaria da parte della BCE. Sull'apprezzamento dell'effettiva entità del rischio di *shock* asimmetrici e delle difficoltà di gestire gli effetti in maniera efficace, le opinioni sono, tuttavia, molto discordi. Vedi, per tutti, sia pure nel contesto di una rivisitazione critica dell'ormai classica teorizzazione di Robert Mundell, P. DE GRAUWE, *Economia dell'integrazione monetaria*, trad. it., Bologna, 1998, pp. 35 ss., e G. THOMPSON, *Governing the European Economy: A Framework Analysis*, in ID. (a cura di), *Governing*, cit., specialmente pp. 11-13.

³¹⁵ Cfr. ISAE, *Rapporto*, cit., p. 49, in particolare alla nota 34.

³¹⁶ Cfr., per tutti, L. TSUOKALIS, *The European Agenda*, cit., pp. 26-27; G. TONDL, *Fiscal Federalism and the Reality of the European Union Budget*, in C. CROUCH (a cura di), *After the Euro*, cit., pp. 227 ss.

³¹⁷ B. EICHENGREEN, *Politica fiscale e Unione Monetaria Europea*, in SM, 1993, pp. 121 ss., qui p. 140.

meccanismo di "assistenza finanziaria comunitaria" da esso previsto è, infatti, del tutto privo di automaticità. La decisione di concedere l'assistenza finanziaria riposa sulla discrezionalità politica del Consiglio, che delibera all'unanimità³¹⁸ su proposta della Commissione, e – quel che più conta – non implica alcun allargamento del bilancio comunitario e delle relative funzioni, presupponendone, anzi, la conservazione nei termini attuali³¹⁹.

La grave recessione di uno Stato membro – lungi dall'attivare significativi interventi solidaristici da parte della *Stabilitätsgemeinschaft* – funge, quindi, nel sistema del Trattato e del Patto di stabilità, tendenzialmente da mera "esimente di responsabilità rispetto al divieto di deficit eccessivi"³²⁰.

L'esiguità del bilancio comunitario e la pressoché totale assenza di elementi di federalismo fiscale costituiscono non a caso l'aspetto di più netta differenziazione dell'odierna struttura della UEM dai primi progetti di unificazione monetaria e, in particolare, dal Piano Werner del 1970. In base ad esso, l'unione monetaria avrebbe dovuto essere l'ultimo atto di una serie di passaggi tendenti ad armonizzare preventivamente politiche di bilancio e fiscali ed a dotare la Comunità di un *budget* sensibilmente rafforzato, in grado di assolvere ai compiti di una politica congiunturale comune³²¹. Spostando l'enfasi sull'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, il Trattato di Maastricht ha seguito in qualche modo il percorso inverso³²²: l'assenza di strumenti d'intervento comunitari è surrogata da un rigoroso sistema di vincoli e controlli preventivi, tendenti a spingere gli Stati membri a perseguire politiche di bilancio sane nel medio termine, onde precostituirsi i margini di manovra necessari nei periodi negativi del ciclo, senza con ciò infrangere i parametri relativi all'eccesso di deficit³²³.

Nel "creare una sorta di emergenza permanente"³²⁴, i vincoli sovranazionali di bilancio finiscono così per inglobare un'implicita direttiva al costante contenimento e/o ridimensionamento della spesa sociale (e previdenziale in specie), quale componente

³¹⁸ A maggioranza qualificata, una volta che sarà entrato in vigore il Trattato di Nizza.

³¹⁹ Ciò risulta chiaramente dal tenore della dichiarazione sull'art. 100 adottata dalla Conferenza di Nizza. Oltre a ribadire che le decisioni in materia di assistenza finanziaria dovranno rispondere al principio del "non salvataggio finanziario" (cosiddetto *no bail out*) sancito dall'art. 103 del TCE, essa precisa, infatti, che le stesse devono essere altresì conformi alle (restrittive) prospettive finanziarie 2000-2006.

³²⁰ S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., p. 61.

³²¹ Cfr. A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe*, cit., pp. 292 ss.

³²² Vedi A. S. MILWARD, *L'impossibile fuga dalla storia*, in *EE*, 1999, n. 5, pp. 57 ss., specialmente p. 64.

³²³ Vedi C. DENT, *Governing the EU Economy as a Whole*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing*, cit., pp. 231 ss., specialmente pp. 250-251.

³²⁴ S. CAFARO, *Unione monetaria*, cit., p. 119.

principale della spesa pubblica nell'Europa comunitaria³²⁵. Essi hanno in diversi casi già concretamente funzionato – nella sofferta fase di adeguamento ai criteri di convergenza per l'accesso all'ultima tappa della UEM – come efficaci “vincoli esterni” per l'attuazione di importanti riforme dei sistemi di protezione sociale nazionali e continueranno ad esercitare su governi e parlamenti degli Stati membri una pressione costante nella stessa direzione³²⁶. Stimoli entro certa misura perfino utili alla realizzazione di riforme spesso oggettivamente reclamate dalle profonde trasformazioni delle basi economiche, demografiche e sociali dei sistemi europei di *Welfare*, tali vincoli insinuano, tuttavia, nei medesimi un potenziale elemento di destrutturazione. Essi, infatti, – come è stato acutamente rilevato³²⁷ – determinano un oggettivo laceramento del legame tra politica sociale e politica economica e, per tal via, rendono particolarmente problematico il mantenimento di quel rapporto di congruenza tra dominio delle risorse e potestà regolativa che appare necessario per dare effettiva sostanza al riconoscimento dei diritti sociali, specie a prestazione positiva. All'interno del regime macroeconomico inaugurato a Maastricht, gli stessi vincoli concorrono, del resto, – sotto diverso ma analogo profilo – a concentrare tendenzialmente sul mercato del lavoro l'onere principale di aggiustamento in caso di *shock* asimmetrici³²⁸.

³²⁵ Cfr., nella vasta letteratura, OBSERVATOIRE SOCIAL EUROPÉEN, *Economic and Monetary Union and Social Protection*, Working Paper n. 1/1995, Bruxelles, 1995; I. BEGG, F. NECTOUX, *Social Protection and Economic Union*, in *JESP*, 1995, n. 4, p. 285; P. POCHET, B. VANHERCKHE (a cura di), *Les enjeux sociaux de l'Union économique et monétaire*, Bruxelles, 1998 (ed. ivi, in particolare, i contributi di J. PAKASLAHTI e di F. WILLOCKX); B. VANHERCKE, *Protection Sociale et Union économique et monétaire*, in *RBSS*, 1999, n. 1, p. 5; E. GUILD, *How Can Social Protection Survive EMU? A United Kingdom Perspective*, in *ELR*, 1999, p. 2; E. TRAVERSA, *The Consequences of European Monetary Union on Collective Bargaining and the National Social Security Systems*, in *IJCLIR*, 2000, vol. 16, n. 1, p. 47; K. MICHELET, *Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes*, in *DS*, 2001, p. 292.

³²⁶ Il caso italiano è, da questo punto di vista, tra i più emblematici: vedi M. FERRERA, E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme fatte e quelle che restano da fare*, Bologna, 1999; e cfr. pure, assai significativamente, R. PRODI, *Un'idea dell'Europa. Il valore Europa per modernizzare l'Italia*, Bologna, 1999, specialmente pp. 59 ss.

³²⁷ Vedi M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, pp. 506 ss., specialmente pp. 537-538.

³²⁸ Cfr. ad es. T. PETERS, *European Monetary Union and Labour Markets: What to Expect?*, in *ILR*, 1995, vol. 134, n. 3, p. 315; G. MILLER, *Economic and Monetary Union: The Continuing Neglect of the Social Dimension*, in OBSERVATOIRE SOCIAL EUROPÉEN, *Economic and Monetary Union*, cit., p. 11; P. TEAGUE, *Monetary Union and Social Europe*, in *JESP*, 1998, n. 2, p.

In tali evenienze, la costituzione della UEM rende infatti impossibile l'utilizzo delle politiche di cambio e decisamente più limitato quello della politica monetaria (comune) e delle politiche fiscali (nazionali).

Venuta meno, per definizione, la possibilità di variare il tasso di cambio all'interno della UEM e ridottasi la capacità di manovra fiscale e di bilancio in genere degli Stati membri, l'aggiustamento agli *shock* – in presenza di una bassa mobilità intracomunitaria della forza-lavoro³²⁹ – non può che in prevalenza avvenire in termini di flessibilità salariale e/o occupazionale³³⁰.

Anche sotto tale profilo tende a delinearsi una pressione costante alla riforma strutturale e alla "flessibilizzazione" della disciplina del mercato del lavoro, che va al di là della congiuntura negativa³³¹. La UEM incrementa permanentemente gli incentivi a riformare il mercato del lavoro, giacché, "in sostanza, una volta persa la "via d'uscita facile" del deprezzamento della propria divisa, un paese non ha alternativa che affrontare la disoccupazione mediante misure sul lato dell'offerta"³³².

La gestione della domanda aggregata resta il lato oscuro del regime macroeconomico prefigurato a Maastricht³³³: crescita e occupazione vanno in questa logica promosse pressoché

117; G. BERTOLA, *Moneta unica e mercati del lavoro*, in *BL*, 1999, n. 152, p. 11.

³²⁹ Il livello di mobilità dei lavoratori all'interno della Comunità è – per ragioni strutturali sostanzialmente indipendenti dal pur evoluto assetto normativo – alquanto basso, e certamente di gran lunga inferiore a quello che caratterizza gli Stati Uniti: cfr. i (pur non recentissimi) dati empirici forniti in E. GUILD (a cura di), *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, The Hague-London-Boston, 1999. D'altra parte, l'ipotesi di massicci flussi migratori diretti a compensare eventuali (gravi) *shock* asimmetrici creerebbe, con ogni probabilità, più problemi di quelli che potrebbe teoricamente risolvere. Cfr. pure M. BUTI, A. SAPIR (a cura di), *La politica economica*, cit., pp. 287 ss.

³³⁰ Cfr. T. PETERS, *European Monetary Union*, cit., p. 319; L. BORDOGNA, *Unione monetaria e relazioni industriali in Europa*, in *SM*, 1996, pp. 467 ss., specialmente p. 475 ss.; G. ROSS, A. MARTIN, *European Integration and the Europeanization of Labor*, Instituto Juan March de Estudios y Investigaciones – Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Working Paper n. 1998/26, p. 29 ss.; J. VISSER, *Bargaining in Euros – What Should Unions Do?*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations in the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honour of Roger Blanpain*, The Hague – London – Boston, 1998, pp. 461 ss., specialmente p. 463.

³³¹ Vedi anche D. ASHAGBOR, *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: from "Social Policy" to "Employment Policy"*, in *ELJ*, 2001, pp. 311 ss.

³³² CEPR - CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, *Le politiche sociali in Europa. Rapporto* redatto da C. Bean, S. Bentolila, G. Bertola, J. Dolado, trad. it., Bologna, 1999, p. 130.

³³³ Vedi – molto chiaramente – pure A. MARTIN, *Social Pacts, Unemployment, and EMU Macroeconomic Policy*, *RSC Working Papers*, n. 2000/32, pp. 4-5; G. DAWSON, *Governing*, cit., p. 101.

esclusivamente con misure dal lato dell'offerta e riforme strutturali dei mercati, ivi compreso quello del lavoro.

È evidente – in questo nuovo contesto – l'incentivo a competere con i *partner* europei attraverso la riduzione del costo del lavoro e più in generale l'alleggerimento del "carico regolativo" gravante sui rapporti di lavoro. Le dinamiche della competizione regolativa tra sistemi socio-economici nazionali vengono in tal senso decisamente rinvigorite dalla costituzione della UEM³³⁴.

La *regulatory competition* è da tempo acquisita al patrimonio della tecnologia comunitaria dell'integrazione giuridica quale "risvolto operativo"³³⁵ del principio del mutuo riconoscimento, come noto affermato per la prima volta in maniera compiuta dalla Corte di Giustizia nella sua storica sentenza *Cassis de Dijon*³³⁶ e quindi istituzionalizzato dall'AUE, ai fini della costruzione del mercato interno, come alternativa tendenzialmente generale al vecchio modello dell'armonizzazione³³⁷.

Almeno su un piano teorico, seppur in termini molto più sfumati e attenuati in concreto³³⁸, il mutuo riconoscimento costituisce in effetti una tecnica regolativa sostanzialmente alternativa all'armonizzazione³³⁹, giacché con esso il livello di regolazione "ottimale" non viene determinato attraverso una decisione politica

³³⁴ Cfr. ad es. F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, p. 87 ss.; R. BOYER, *The Unanticipated Fallout*, cit., pp. 58 ss.; B. EICHENGREEN, J. A. FREIDEN, *The Political Economy*, cit., p. 7.

³³⁵ A. LO FARO, *Funzioni*, cit., p. 69.

³³⁶ Corte di Giustizia CE, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.*, 1979, p. 656.

³³⁷ Trattasi di vicenda sin troppo nota per dover essere anche solo riepilogata in questa sede: vedi, tra i tanti, R. DEHOUSSE, *1992 and Beyond: The Institutional Dimension of the Internal Market Programme*, in *LIEI*, 1989, n. 1, pp. 109 ss.; S. WOOLCOCK, *Competition Among Rules in the Single Market*, in W. BRATTON et al. (a cura di), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford, 1996, pp. 289 ss.; K. ARMOSTRONG, S. BULNER, *The Governance of the Single European Market*, Manchester-New York, 1998.

³³⁸ Perché i prodotti legalmente manufatti in un paese possano circolare liberamente in un altro – come prescrive, nella sua essenza, il principio del mutuo riconoscimento –, è infatti necessaria una minima omogeneità di partenza tra i diversi sistemi, ovvero un grado minimo di armonizzazione degli stessi. Ciò è espressamente contemplato dallo stesso AUE (con gli ex artt. 100A e seguenti del TCE), che – in linea con il Libro bianco del 1985 – non esclude *tout court* l'armonizzazione, ma prevede che essa sia limitata ai requisiti fondamentali di sicurezza da stabilirsi con direttive da approvare a maggioranza qualificata, lasciando poi la fissazione delle "specifiche tecniche" di tali requisiti alle organizzazioni di standardizzazione europea. Anche in assenza di tali misure minime di armonizzazione, la Corte di Giustizia può, peraltro, sempre accertare la sussistenza di una sostanziale equivalenza funzionale tra i sistemi di protezione in vigore nei diversi Stati membri. Vedi per tutti S. WOOLCOCK, *Competition*, cit., p. 294 ss.

³³⁹ Vedi ancora A. LO FARO, *Funzioni*, cit., p. 66.

assunta dal legislatore comunitario, ma è tendenzialmente stabilito dal mercato, che privilegerà – tra quelli in concorrenza – i sistemi regolativi che ritiene più efficienti o semplicemente “convenienti”³⁴⁰. La competizione tra i diversi sistemi regolativi nazionali, da esso innescata, attribuisce infatti al mercato il peso della decisione in ordine al livello di regolazione ed agli *standard* comuni: “è il mercato che diviene la *decision-making institution* cui spetta di stabilire l’assetto della regolazione”³⁴¹.

In linea astratta, il mutuo riconoscimento rende possibile l’integrazione economica senza rimpiazzare la normativa nazionale con quella sovranazionale e senza la creazione di istituzioni politiche sovranazionali. Esso perciò “rappresenta una versione sofisticata dell’integrazione negativa, ovvero dell’integrazione economica nella forma della mera rimozione delle barriere nazionali al commercio”, che progredisce attraverso la separazione tra “*market making e state-building*”³⁴².

Il potenziale deregolativo di tale strategia integrativa, di chiara marca neo-liberale, è, quindi, almeno in astratto, molto evidente³⁴³. Senonché, l’indubbia “vocazione alla deregolazione”³⁴⁴, che è alla base del progetto del 1992, non si è risolta in una liberazione incondizionata delle forze del mercato.

Grazie all’introduzione del voto a maggioranza qualificata, l’implementazione del mercato interno ha potuto dar vita ad un vasto processo di ri-regolazione, seppur di nuova generazione ed essenzialmente rivolta ad allargare gli spazi di efficienza allocativa del mercato³⁴⁵. Essa è stata poi accompagnata da una significativa

³⁴⁰ O almeno questa è l’incrollabile fiducia dei sostenitori della *regulatory competition*. Secondo i quali essa, proprio in quanto direttamente orientata dalla preferenze razionali degli attori economici, non solo favorirebbe le opzioni regolative più efficienti limitando l’ingerenza pubblica, ma, attraverso il meccanismo della competizione istituzionale, contribuirebbe ad “addomesticare il Leviatano”, cioè a costringere la classe politica a incrementare il benessere generale invece che le sue stesse utilità. Vedi, ad es., in tal senso, S. SINN, *The Taming of Leviathan: Competition Among Governments*, in *CPE*, 1992, vol. 3, n. 2, p. 177; H. SIEBERT, M. J. KOOP, *Institutional Competition Versus Centralization: Quo Vadis Europe?*, in *OREP*, 1993, vol. 9, n. 1, p. 15. In senso critico, sulla base della concreta esperienza del mercato interno, tra gli altri, J.-M. SUN, J. PELKMANS, *Regulatory Competition in the Single Market*, in *JCMS*, 1995, p. 67.

³⁴¹ M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 132.

³⁴² W. STREECK, *From Market Making*, cit., p. 394.

³⁴³ Anche in questo caso appare particolarmente significativo quanto scrive C.-D. EHLERMANN, *The Contribution*, cit., p. 259: “Il mercato interno è un gigantesco programma di deregolazione”, diretto a incrementare, per le imprese, le opportunità di concorrenza nei mercati degli altri paesi membri. Di “formidabile agenda deregolativa costruita contro la politica sociale”, parlano C. BARNARD e S. DEAKIN, *European Community*, cit., p. 131.

³⁴⁴ R. DEHOUSSE, *1992 and Beyond*, cit., p. 117.

³⁴⁵ Cfr. C. JOERGES, *European Economic Law*, cit., p. 42 ss.

produzione di regolazione sociale comunitaria in tema di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori e di tutela dei consumatori, la quale ha in taluni casi superato gli *standard* garantiti dai paesi più avanzati. La concreta esperienza ha insomma dimostrato – invece che un rapporto di reciproca esclusione e di drastica alternatività – piuttosto quel nesso di complementarità tra armonizzazione (minima delle condizioni di sicurezza) e mutuo riconoscimento, messo in luce soprattutto dalle teorie che individuano nell'Unione europea un'incipiente, moderna forma (sovrnazionale) di "Stato regolatore"³⁴⁶.

Sebbene la politica sociale sia rimasta "il lato oscuro"³⁴⁷ del processo d'integrazione nel mercato unificato, come tale pericolosamente esposta a spinte deregolative verso una comune "*race to the bottom*", l'evidenza empirica non ha, del resto, sinora fatto registrare pratiche *sistematiche* di *dumping* sociale e di *social devaluation*³⁴⁸, anche se non mancano certo episodi ed esempi molto significativi in tal senso.

Ora, tuttavia, nel potenziare il flusso transnazionale di risorse, la moneta unica fa del mercato interno un ambiente potenzialmente molto più competitivo³⁴⁹, quantomeno perché elimina o riduce la capacità di utilizzo della leva delle politiche di cambio o fiscali per alleviare – sia pure nel breve periodo – le conseguenze negative di eventuali *deficit* o perdite di competitività relativa dei sistemi nazionali. Questi vengono al contempo resi più immediatamente evidenti dal più trasparente confronto di prezzi e costi reso possibile dall'introduzione dell'euro.

L'eventuale accentuazione dei differenziali di inflazione si traduce in una perdita secca di competitività dei sistemi nazionali che la subiscono, cui occorre d'ora innanzi rimediare essenzialmente con misure dal lato dell'offerta. La contrattazione collettiva nazionale – pur in assenza di una "positiva" competenza regolativa della Comunità in materia di retribuzioni – acquista così un'immediata rilevanza macroeconomica ed è sottoposta a costanti pressioni per

³⁴⁶ Cfr. da ultimo A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, specialmente pp. 227 ss.

³⁴⁷ A. LO FARO, *EC Social Policy and 1993: The Dark Side of European Integration?*, in *CLLPJ*, 1992, vol. 14, p. 1.

³⁴⁸ Cfr. in tal senso D. GOODHART, *Social Dumping within the EU*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market*, pp. 79 ss.; C. BARNARD, *Social Dumping and Race to the Bottom: Some Lessons for the European Union from Delaware?*, in *ELR*, 2000, pp. 57 ss., che attribuisce almeno in parte la relativa modestia – allo stato – di pratiche di deregolazione sociale competitiva da parte degli Stati membri, pur in assenza di una vera politica sociale sovranazionale, alla *performance* compensatrice realizzata dai Fondi strutturali in favore dei paesi comunitari più poveri.

³⁴⁹ Vedi il Rapporto della Commissione europea su *Il mercato unico e l'Europa di domani*, presentato da Mario Monti, (ed. it.) Milano, 1997.

il contenimento della dinamica salariale³⁵⁰, che dovrà di massima essere strettamente commisurata agli andamenti della produttività. I differenziali di tutela (e di costo) sociale – in tale contesto – divengono potenzialmente strumenti diretti di concorrenza. La differenza decisiva rispetto al modello accolto originariamente dai trattati di Parigi e di Roma risiede nel fatto che il Trattato di Maastricht rinuncia a contrapporre a questa evenienza un forte intervento armonizzatore e riequilibratore della Comunità europea. Il modello diviene al contrario quello dell'armonizzazione a partire dal mercato.

La linea divisoria "tra europeizzazione della politica monetaria e sussidiarietà della politica di bilancio trascina quindi con sé un disequilibrio strutturale e un potenziale conflitto politico, ed è tale da esacerbare l'eterogeneità tra dei modelli nazionali di relazioni industriali e di *régulation*"³⁵¹.

In mancanza dello sviluppo di efficaci strumenti di coordinamento a livello sovranazionale, il rischio di una potente spinta ad una competizione economica *tout court* deregolativa tra i regimi nazionali di politica sociale risulta, quindi, notevolmente rafforzato³⁵², specie nella prospettiva dell'allargamento ad Est dei confini comunitari³⁵³. E così pure quello di un'agguerrita concorrenza fiscale, in cui gli Stati membri possano del pari trovarsi intrappolati in una situazione somigliante a quella tipica del "dilemma del prigioniero"³⁵⁴, nella quale i giochi non

³⁵⁰ Vedi A. LO FARO, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *RGL*, 2000, I, pp. 860 ss., specialmente p. 864.

³⁵¹ R. BOYER, *The Unanticipated Fallout*, cit., p. 58.

³⁵² Vedi W. STREECK, *From Market Making*, p. 420; S. DEAKIN, *Labour Law*, cit., p. 82; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *ILJ*, 1994, pp. 289 ss., sul punto p. 296.

³⁵³ Vedi CEPR, *Le politiche sociali*, cit., p. 144.

³⁵⁴ F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., pp. 101 ss., il quale – pur avvertendo che una tale costellazione puramente negativa di interessi non riguarda tutte le aree di *policy* – sottolinea come essa tenda a presentarsi proprio nel campo delle politiche fiscali e, seppur in misura molto attenuata dalla maggior capacità di resistenza politica degli attori nazionali (sindacati, partiti di sinistra ecc.), in quello delle politiche sociali. Non mancano del resto segni tangibili dei negativi effetti (collettivamente) derivanti da una concorrenza fiscale volta ad assicurarsi, a danno del vicino, i fattori della produzione caratterizzati da una maggiore mobilità. È ben noto come a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta la pressione fiscale su redditi di capitale e d'impresa si sia progressivamente ridotta, convergendo sui livelli più bassi in Europa, per concentrarsi soprattutto sui fattori meno mobili della produzione, a partire dal lavoro, di converso sensibilmente penalizzati (vedi ad es. S. WOOLCOCK, *Competition*, cit., pp. 310 e 318). Ciò ha comportato sin troppo evidenti ripercussioni negative sulle strutture tributarie del *Welfare State* ed altrettanto ovvie distorsioni a detrimento dell'occupazione. Cfr. pure H.-W. SINN, *European Integration and the Future of the Welfare State*, *CEPR Discussion Paper* n. 1871/1998, e – sul "dilemma del prigioniero" – S. VECA, *Una filosofia pubblica*, Milano, 1986, pp. 82 ss.

cooperativi degli attori coinvolti tendono a produrre risultati sub-ottimali potenzialmente dannosi per tutti.

Il quadro che anche in tal caso pare emergere è, allora, ancora una volta, quello – capovolto rispetto alle linee fondanti del compromesso dell'*embedded liberalism* – nel quale la capacità di regolamentare il lavoro e di tassare i fattori mobili della produzione in maniera autonoma e nella intensità che sarebbe desiderabile a livello nazionale, viene sostanzialmente ridotta, se non impedita, dalla accresciuta competizione regolativa tra gli Stati membri, senza che sia adeguatamente recuperata al livello sovranazionale³⁵⁵.

11.- Alle pressioni competitive che vi vengono indirettamente scaricate dal nuovo regime monetario e macroeconomico inaugurato a Maastricht, si aggiungono quelle più direttamente fondate su di una competizione regolativa che lambisce gli stessi confini dei diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali, fino quasi ad insinuarsi all'interno dei loro territori.

Nell'economia dell'AUE, il principio del reciproco riconoscimento non trova – come noto – applicazione diretta al mercato (comune) del lavoro, ma riguarda, salvo modeste eccezioni, soltanto le aree relative alla libertà di circolazione di beni e servizi³⁵⁶. I sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale rimangono, in corrispondenza, saldamente ancorati al principio di territorialità, ed anche dopo l'AUE il criterio guida della libertà di circolazione della mano d'opera all'interno del mercato unico rimane quello della parità di trattamento coi lavoratori dello Stato membro di accoglienza, in base alla legislazione di quest'ultimo, in quanto luogo di effettivo svolgimento della prestazione³⁵⁷.

Sia pure in forme diverse e con differenze “tecniche” anche sensibili per il diritto del lavoro e per quello della sicurezza sociale in senso stretto³⁵⁸, il principio di territorialità vale, quindi, a contrassegnare e a difendere – anche all'interno del sistema comunitario – la tendenziale esclusività della giurisdizione dello Stato nel dettare le condizioni normative di utilizzo della forza lavoro nell'ambito dei propri confini nazionali.

³⁵⁵ Vedi ancora F. W. SCHARPF, *Governare*, p. 88.

³⁵⁶ Vedi, per tutti, ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 66 ss.

³⁵⁷ Mi sia consentito un rinvio a S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione europea*, in *DLRI*, 1998, pp. 81 ss.

³⁵⁸ Si tratta di differenze, anche significative, che non possono essere ovviamente approfondite in questa sede; per una loro succinta trattazione mi permetto di rinviare a A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, pp. 93 ss.

Come è stato detto, “la territorialità, intesa quale criterio di prevalenza delle norme inderogabili nei confronti dell'autonomia privata, è espressione delle scelte più tradizionali degli ordinamenti, garantisti nei confronti dei soggetti ritenuti contraenti deboli [...] e, nel contempo, gelosi custodi dei valori posti a fondamento del proprio ordine interno”³⁵⁹. Applicando le proprie norme imperative a scapito di normative straniere eventualmente meno protettive, l'ordinamento nazionale si difende in tal modo da forme di *dumping* sociale nello stesso momento in cui immette i lavoratori immigrati all'interno dei propri circuiti istituzionali di cittadinanza e di integrazione sociale.

L'indebolimento del principio di territorialità – e ancor più la sua eventuale e pur solo parziale sostituzione con quello, antitetico, del mutuo riconoscimento³⁶⁰ – costituiscono pertanto, nel quadro degli sviluppi dell'ordinamento comunitario, aspetti di evidente rilievo della crisi della sovranità sociale degli Stati membri.

Un primo fattore di erosione del principio di territorialità viene da taluni³⁶¹ attribuito al potenziamento – da parte di una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia – di quegli elementi di mutuo riconoscimento tra i diversi sistemi nazionali di sicurezza sociale indubbiamente impliciti nella logica del regolamento n. 1408/71³⁶². La progressiva espansione del raggio d'azione delle norme sul coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale – applicate con rigore da una giurisprudenza mossa dall'intento di massimizzare i loro effetti d'integrazione del mercato comunitario del lavoro – avrebbe, infatti, “gradualmente eroso”³⁶³ alcuni dei derivati più salienti del principio di territorialità della normativa nazionale e, con essi, la stessa capacità di controllo degli Stati membri su componenti importanti dei loro sistemi di protezione sociale.

Leibfried e Pierson individuano in particolare quattro principali momenti di indebolimento della capacità degli Stati membri di controllare i confini esterni dei loro sistemi di sicurezza sociale.

³⁵⁹ A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, pp. 9 ss., qui p. 12.

³⁶⁰ Una proposta di completa sostituzione del principio del mutuo riconoscimento – o dell'*home control* – a quello di territorialità – e cioè alla regola dell'applicazione della legge del paese di destinazione – viene ora formulata, con riguardo al mercato del lavoro, in ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 104 ss.

³⁶¹ Vedi S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Semisovereign Welfare States*, cit., pp. 53 ss.; ma rilievi simili si trovano già in W. STREECK, *La dimensione sociale*, cit., pp. 56 ss.

³⁶² Cfr. M. CINELLI, *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale*, in *DRI*, pp. 95 ss., specie p. 97.

³⁶³ M. FERRERA, *Integrazione europea*, cit., p. 406.

Il primo sarebbe legato alla progressiva perdita di controllo nazionale sui beneficiari, dovuta al fatto che – in omaggio al principio di parità di trattamento dei migranti comunitari, così come specificato dai regolamenti nn. 1612/68 e 1408/71 – gli Stati membri non possono più limitare le prestazioni dagli stessi fornite soltanto ai propri lavoratori o cittadini.

In secondo luogo, il regolamento n. 1408/71 – soprattutto da quando la Corte di Giustizia ha cominciato ad includere nell'orbita del principio di esportabilità anche le prestazioni cosiddette non contributive – avrebbe tolto agli Stati membri il "controllo spaziale sul consumo delle prestazioni"³⁶⁴.

Gli obblighi di cooperazione fra le autorità amministrative e previdenziali degli Stati membri restringono, inoltre, – per le vicende di carattere transfrontaliero – la capacità di autonomo accertamento e controllo delle fattispecie che, alla stregua del diritto interno, danno titolo alle prestazioni, creando con ciò un vero e proprio vincolo al riconoscimento reciproco dei risultati delle attività al riguardo poste in essere dagli organi degli altri paesi membri.

Risulterebbero infine incrinati – ma è questo un profilo che come meglio vedremo eccede la problematica relativa al regolamento n. 1408/71 per incrociare quella degli effetti prodotti dai principi di libera circolazione *dei servizi* nel mercato unificato – la stessa esclusività della legge previdenziale nazionale ed il controllo relativo all'accesso allo *status* di fornitore dei servizi di carattere sociale nel territorio degli Stati membri, questi non essendo più "nella condizione di impedire ad altri regimi di politica sociale di competere direttamente con il loro nei rispettivi territori"³⁶⁵.

Si tratta di profili il cui impatto complessivo sull'autonoma capacità di determinazione da parte degli Stati membri del contenuto dei loro sistemi di sicurezza, e più in genere di protezione sociale, non può certamente essere trascurato. Tuttavia, sarebbe sbagliato sovrastimarne l'importanza e improprio vedere in esso – almeno in tutti i casi considerati e salvo quanto si è accennato per l'ultimo di essi – i sintomi di un indebolimento del principio di territorialità dei sistemi nazionali dovuto alle dinamiche dell'integrazione comunitaria. Gli effetti di vera e propria *regime competition* direttamente innescati – all'interno di confini nazionali – dalla insinuazione di discipline diverse e eventualmente meno garantiste sembrano in vero doversi attribuire, più che allo *spill over* dei principi di cui al regolamento n. 1408/71, al pieno dispiegarsi delle disposizioni in materia di libera

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Semisovereign Welfare States*, cit., p. 64.

prestazione (attiva e passiva) dei servizi nell'ambito del mercato unico.

La (parziale) perdita di controllo nazionale sui beneficiari delle prestazioni non implica, infatti, alcuna attenuazione del principio di territorialità, ma ne costituisce, anzi, l'effetto immediato e voluto. L'assoluta e incondizionata parità di trattamento rispetto ai prestatori di lavoro del paese di accoglienza che il Trattato di Roma, e la vasta normativa secondaria emanata in attuazione degli *ex artt.* 48 e seguenti di questo, impongono agli Stati membri in favore dei lavoratori comunitari che si spostano all'interno dell'Unione, esige, infatti, il pieno rispetto del principio di territorialità. Ad essere applicata senza possibilità di forme di concorrenza da parte di altri sistemi normativi è proprio la legge del paese di destinazione, che – salvo solo il rispetto del fondamentale principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e comunitari – resta, perciò stesso, liberamente determinata dagli Stati membri, al riparo dai condizionamenti derivanti dalla *regime competition*.

Il principio dell'esportabilità delle prestazioni – come pure quello, operante a monte, della totalizzazione dei periodi assicurativi – rappresentano sicure deroghe alla territorialità dei diritti nazionali della sicurezza sociale ed evidenti (ancorché parziali) aperture al principio del mutuo riconoscimento in quest'ambito. È tuttavia significativo che la regola della esportabilità valga – in modo pieno – soltanto per le prestazioni di carattere propriamente previdenziale o assicurativo-sociale, ovvero per le prestazioni che, per essere correlate al versamento di contributi, il soggetto in qualche modo “si guadagna” con la propria attività lavorativa nei paesi comunitari di “immigrazione”.

Esclusa da sempre per le prestazioni di natura assistenziale – che peraltro esulano *tout court* dalla sfera oggettiva di applicazione del regolamento n. 1408/71³⁶⁶ –, la regola dell'esportabilità è stata più di recente espressamente cancellata dal legislatore comunitario praticamente per tutte quelle prestazioni sociali di carattere non contributivo cui era stata nel corso degli anni estesa da una giurisprudenza “pretoria” della Corte di Giustizia, fieramente avversata dagli Stati membri³⁶⁷.

Il regolamento n. 1247/92, nel reagire ad una giurisprudenza palesemente “sgradita” della Corte di Giustizia, ha in tal senso inteso ripristinare il pieno controllo territoriale degli Stati membri su di una serie di prestazioni di cittadinanza sociale che in molti casi vengono a costituire il baricentro delle reti di protezione di base offerte dai *Welfare State* nazionali. L'intento del regolamento del

³⁶⁶ Rinvio a S. GIUBBONI, *Cittadinanza*, cit., specialmente pp. 100 ss.

³⁶⁷ Ivi, pp. 105 ss., anche per i necessari riferimenti.

1992 era principalmente quello di eliminare possibili forme di "turismo sociale"³⁶⁸, che – nel lucrare sui differenziali di tutela offerti dai paesi coi sistemi di *Welfare* più generosi – avrebbero alla lunga potuto costringere questi ultimi ad abbassare il livello di protezione previsto per i propri cittadini e/o residenti. Si tratta pertanto di una riforma che mira a recuperare la logica originaria del regolamento n. 1408/71: nel rispingere le prestazioni non contributive in un'area prossima a quella dell'assistenza sociale, essa ripristina certamente quella *ratio* prettamente mercantile che vuole la mobilità dei fattori-produttivi, ed anche della forza-lavoro, strettamente funzionale alle esigenze del mercato³⁶⁹, ma nel contempo isola gli Stati membri da pressioni esterne dirette a erodere la capacità di determinazione dei propri sistemi di protezione sociale.

Nell'ultimo dei fattori di corrosione della autonoma capacità regolativa degli Stati membri individuato da Leibfried e Pierson, si manifesta, invece, con più evidenza, tutta la debolezza del principio di territorialità allorché questo si trovi più apertamente a confrontarsi con forme di *regime competition* indotte dalla progressiva espansione della sfera di azione delle fondamentali libertà di circolazione dei servizi e dei beni.

È vero che lo stesso regolamento n. 1408/71 – nel disciplinare la materia del distacco transfrontaliero della manodopera – ammette misurate forme di concorrenza *intra moenia* di sistemi regolativi diversi da quello nazionale, laddove per l'appunto stabilisce nella legge del paese d'origine la normativa applicabile alla fattispecie del distacco³⁷⁰.

Può però osservarsi come tale evenienza sia costruita dall'art. 14 del regolamento come deroga limitata e rigorosamente temporanea alla applicazione della *lex loci laboris*, sui cui ruota – in linea di principio – l'intero sistema del coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale. E per quanto la prassi faccia registrare consistenti fenomeni di elusione dei limiti posti dall'art. 14 del regolamento³⁷¹, la Corte di Giustizia continua a vigilare con un certo rigore sul rispetto dei presupposti sostanziali e temporali

³⁶⁸ Vedi A. ANDREONI, *Sicurezza sociale*, cit., p. 543.

³⁶⁹ Cfr. M. CINELLI, *Appunti*, cit., p. 101.

³⁷⁰ Vedi, *ex multis*, F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, The Hague – London – Boston, 1998, pp. 85 ss.

³⁷¹ Cfr. P. DONDEERS, D. PIETERS, P. SCHOUKENS, *Application of the Provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the Issue of Posting: Facts, Problems and Comments*, in P. SCHOUKENS (a cura di), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Leuven, 1997, pp. 49 ss.

dell'eccezione al principio della *lex loci laboris* per il caso di distacco temporaneo³⁷².

Il fenomeno del *posting* intracomunitario assurge, invece, più correttamente a emblema di tutti i rischi d'una distorsiva concorrenza sociale verso il basso, direttamente dovuta alla facoltà di avvalersi di sistemi regolativi a debole livello di protezione nella stessa sfera di applicazione territoriale di sistemi più garantistici, allorché venga associato all'esercizio della libertà di prestazione dei servizi nel mercato unico. Il riferimento alla notissima *querelle* comunitaria sfociata – a suggello di un tormentato compromesso tra gli Stati membri – nell'adozione della direttiva n. 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, è sin troppo ovvio.

La progressiva e sempre più rigorosa affermazione, da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dell'innovativo principio per cui qualunque ostacolo, anche non discriminatorio, alla libertà di prestazione di servizi è di per sé vietato dagli artt. 59 e 60 (oggi 49 e 50) del Trattato ove non giustificato da imperativi motivi di pubblico interesse, aveva di fatto spianato la strada alla possibilità di competere direttamente sui costi sociali dentro il territorio di altri Stati membri. Nella figura giuridica del distacco temporaneo nell'ambito di una prestazione di servizi, forma di per sé abbastanza tradizionale di utilizzo flessibile della mano d'opera, veniva così a celarsi un inedito attacco diretto al principio della territorialità del diritto del lavoro nazionale, nel nome della libertà di concorrenza e dell'efficienza economica nel mercato unico, e con un capovolgimento pressoché completo delle premesse al riguardo accolte dal Trattato di Roma.

Nel sancire che gli artt. 59 e 60 del TCE consentono a un'impresa, stabilita in Portogallo e impegnata in una prestazione di servizi nel settore edile e dei lavori pubblici di un altro Stato membro, di trasferirsi temporaneamente col proprio personale senza essere tenuta ad assumere manodopera *in loco* né a munirsi di un permesso di lavoro secondo la legge del paese ospitante, *Rush Portuguesa*³⁷³ aveva peraltro anche aperto il varco ad una possibile soluzione di compromesso, capace di rimettere in gioco il principio di territorialità del diritto del lavoro nazionale, all'apparenza del tutto oscurato, e quasi fagocitato, da quello della libera prestazione di servizi. Richiamandosi a un precedente di pochi anni prima, ma di segno sostanzialmente opposto³⁷⁴, essa aveva infatti precisato

³⁷² Ne dà recente conferma Corte di Giustizia CE, causa C-404/98, *Plum*, in *DL*, 2001, II, p. 168, con nota di M. FAIOLI, *Il criterio della "stabile organizzazione" nel posting tra diritto sociale comunitario e Modello di convenzione OCSE*.

³⁷³ Corte di Giustizia CE, causa C-113/89, in *Racc.*, 1990, I, p. 1417.

³⁷⁴ Corte di Giustizia CE, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco e Desquenne*, in *Racc.*, 1982, p. 223.

che il diritto comunitario non avrebbe ostato a che gli Stati membri avessero provveduto a estendere "l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il loro datore di lavoro"³⁷⁵.

La direttiva n. 96/71 – basata sugli artt. 57 e 66 del Trattato – si muove lungo la via stretta della difficile conciliazione tra le esigenze della libertà di prestazione dei servizi e la necessità di garantire quantomeno il rispetto del nucleo dei principi fondamentali del diritto del lavoro del paese destinatario della medesima³⁷⁶. Essa si propone, pertanto, evidenti obiettivi di regolamentazione della concorrenza nel mercato comune a fini di difesa dei diritti (e dei mercati) del lavoro degli Stati membri (più "garantisti"), riscoprendo con ciò un'esplicita *ratio antidumping*³⁷⁷. All'interno d'un raggio d'azione sufficientemente ampio da ricomprendere le principali articolazioni del *posting* connesso a una prestazione transfrontaliera di servizi, la direttiva impone innanzi tutto agli Stati membri di applicare sul proprio territorio ai lavoratori distaccati, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro³⁷⁸, un "nocciolo duro" di norme legali e contrattuali collettive nazionali, definite con relativa precisione dal

³⁷⁵ Così il punto 18 della sentenza.

³⁷⁶ Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Systems?*, in *CMLR*, 1997, p. 571; M. BIAGI, *The Posted Workers EU Directive: From Social Dumping to Social Protectionism?*, in *Labour Law and Industrial Relations in the European Union – Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 32/1998, The Hague – London – Boston, 1998, p. 173; E. KOLEHMAINEN, *The Directive Concerning the Posting of Workers: Synchronization of the Functions of National Legal Systems*, in *CLLPJ*, 1998, vol. 20, p. 71; G. G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, p. 115; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *ADL*, 1999, n. 1, p. 465.

³⁷⁷ Nel suo quinto "considerando" si legge che lo "sviluppo della prestazione transnazionale dei servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori".

³⁷⁸ Sulla complessa problematica – che qui come ovvio può esser solo accennata – dei rapporti tra la direttiva e la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle relazioni contrattuali, vedi, tra gli altri, F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, pp. 29 ss., specialmente p. 56, che rinvia nell'art. 3 della direttiva una concreta esemplificazione delle norme di applicazione necessaria contemplate dall'art. 7 della Convenzione. A. LYON-CAEN e S. SCIARRA, *La Convenzione*, cit., p. 17, rilevano, per altro verso, come l'art. 3 della direttiva annulli il potere di non applicare l'art. 7.1 della Convenzione, nei termini previsti dall'art. 22 della medesima.

suo art. 3.1³⁷⁹. Nel più ambizioso tentativo di riespandere il principio di territorialità oltre il nucleo di tutela imperativa minima così precisato, l'art. 3.10 della direttiva si spinge tuttavia oltre, autorizzando gli Stati membri³⁸⁰, "nel rispetto del Trattato", sia a imporre in pari misura a imprese straniere e nazionali il rispetto di condizioni di lavoro e occupazione ulteriori rispetto a quelle di cui al par. 1, ove dettate da "disposizioni di ordine pubblico", sia a estendere, ad attività diverse da quelle (relative a edilizia e lavori pubblici) contemplate nell'allegato, la sfera di efficacia dei contratti collettivi generalmente applicabili sul proprio territorio.

È soprattutto nel concreto spessore che saprà assumere tale ultima previsione della direttiva che si misurerà la capacità di resistenza della "sovranità territoriale" della legislazione giuslavoristica degli Stati membri nei confronti delle "amputazioni e restrizioni" subite per effetto della forza espansiva della libertà comunitaria di prestazione dei servizi³⁸¹. La fissazione della linea – inevitabilmente fluida – di bilanciamento tra i due contrapposti principi è però rimessa, in ultima istanza, alla Corte di Giustizia.

Ad essa spetterà valutare, nei casi concreti, se l'istanza protezionistica espressa dal principio di territorialità abbia o meno travalicato i mobili confini segnati dalla necessità di garantire il rispetto della libertà economica di circolare, con pari opportunità di competizione, nel mercato interno dei servizi³⁸².

Le possibilità che per il tramite dell'art. 3.10 della direttiva riesca a transitare l'imposizione pressoché integrale del diritto del lavoro nazionale appaiono, comunque, assai remote.

³⁷⁹ Si tratta della disciplina relativa a: periodi massimi di lavoro e minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe salariali minime, anche per il lavoro straordinario; condizioni di cessione temporanea dei lavoratori; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; tutela a favore di gestanti, puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento tra uomo e donna e tutela antidiscriminatoria più in generale.

³⁸⁰ Sia pure con gradazioni differenti, questi hanno fatto ampio uso di tale facoltà. Nel caso italiano, ad esempio, il d. lgs. n. 72 del 2000, statuisce che, di regola, ai lavoratori distaccati ai sensi della direttiva "si applicano, durante il periodo di distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco" (art. 3, co.1). Vedi R. MANCINO, *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *NLCC*, 2000, p. 899.

³⁸¹ Le espressioni riportate fra virgolette nel testo sono di A. LYON-CAEN e S. SCIARRA, *La Convenzione*, cit., p. 25.

³⁸² Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers*, cit., p. 597.

In *Finalarte*³⁸³, la Corte di Giustizia era stata chiamata a giudicare della legittimità, ex artt. 59 e 60 del TCE, dell'estensione, a prestatori di lavoro portoghesi in stato di distacco temporaneo nell'ambito d'una prestazione di servizi, del regime delle casse per le ferie retribuite previste dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva tedesche ai fini del finanziamento dei diritti alle ferie nel settore edilizio.

Muovendosi in una materia rientrante, senza alcun dubbio, nel novero di quelle coperte dall'obbligo posto dall'art. 3.1 della direttiva, la Corte non si è per questo sottratta al delicato compito di bilanciare – direttamente alla stregua degli artt. 59 e 60 del TCE – le due esigenze in potenziale conflitto. Pur se in linea di massima favorevole al riconoscimento della legittimità e della giustificata misura del legislatore tedesco, la risposta fornita all'*Arbeitsgericht* di Wiesbaden lascia nondimeno ampi spazi di valutazione al giudice nazionale.

Sulla questione principale la Corte ha difatti concluso che gli artt. 59 e 60 del TCE non ostano a che uno Stato membro imponga a un'impresa stabilita in altro paese comunitario, e che effettua nel proprio territorio una prestazione di servizi, una normativa nazionale diretta, come quella in discussione, a garantire l'effettivo godimento del diritto alle ferie retribuite. Ciò, però, alla duplice condizione che, da una parte, i lavoratori non beneficino di una tutela sostanzialmente equivalente in forza della normativa dello Stato membro in cui ha sede il datore, di modo che la normativa dello Stato di temporanea accoglienza attribuisca loro un effettivo vantaggio che contribuisca in maniera significativa alla loro tutela sociale; e, dall'altra, che l'applicazione della normativa di tale ultimo Stato membro sia proporzionata all'obiettivo di interesse generale perseguito³⁸⁴. Il delicato accertamento relativo alla soddisfazione, *in casu*, di entrambe le condizioni è demandato al giudice nazionale³⁸⁵.

Non è affatto escluso che in quella sede – sia pure nell'ottica della valutazione dell'effettivo grado di "equivalenza" della legislazione dello Stato membro d'origine ovvero in quella, ancor più scivolosa, della puntuale osservanza del principio di proporzionalità – riemerga in realtà la questione di fondo relativa alla legittimità stessa di forme di concorrenza direttamente basate sul più basso

³⁸³ Corte di Giustizia CE, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda e altri*, del 25 ottobre 2001, a quanto consta non ancora pubblicata.

³⁸⁴ Vedi il punto 53 della sentenza nonché le conclusioni relative alla prima delle questioni pregiudiziali.

³⁸⁵ Per analoghe conclusioni, con riferimento a un'ipotesi in cui viene in discussione l'estensione ai lavoratori in distacco della normativa tedesca sul salario minimo nel settore edile, vedi anche l'opinione espressa il 3 maggio 2001 dall'Avvocato generale Mischo in causa C-164/99, *Portugaia Construções Lda*.

costo (salariale e/o normativo) del lavoro e, reciprocamente, alla stessa legittimità di misure intese a ripristinare la rigorosa sovranità territoriale del diritto del lavoro nazionale per fini *antidumping*.

È il quesito di fondo sollevato da un altro giudice tedesco³⁸⁶, che chiede sostanzialmente alla Corte se la normativa nazionale sul salario minimo nell'edilizia – se si vuole il *Kern*, anche simbolico, del “nocciolo duro” che la direttiva n. 71/1996 mira a salvaguardare – non operi in realtà in senso esattamente contrario agli interessi *sociali* dei lavoratori (portoghesi) distaccati, rendendo loro più difficile lavorare in Germania e mirando, piuttosto, a proteggere gli interessi degli *insiders* tedeschi (*i. e.* unicamente il mercato del lavoro locale del paese ospitante).

La risposta della Corte in *Finalarte* – come pure, in maniera forse ancor più netta, quella dell'Avvocato generale Mischo in *Portugaia Construções*³⁸⁷ – è astrattamente nel senso della legittimità dell'apposizione di misure dirette a impedire il *dumping* sociale, sostanzialmente attraverso l'imposizione delle tutele imperative fornite dal diritto nazionale. Ma, nonostante la direttiva, resta sempre aperto il problema della concreta commisurazione e graduazione di tali tutele nelle singole fattispecie; e l'impressione è che la Corte tenda a restringerle al nucleo davvero *minimo*, lasciando perciò spazi tuttora significativi alla *competizione regolativa diretta nel mercato del lavoro*. Pur proteggendo i sistemi nazionali contro le forme più deteriori di *dumping* sociale, la direttiva non elimina, quindi, – fatte salve le garanzie minime – il diritto di competere sul territorio di un altro Stato membro sfruttando i maggiori margini di “flessibilità” del proprio diritto del lavoro.

La Corte non ha, del resto, sinora dato prova di aver maturato, in tema, un orientamento del tutto univoco. La sentenza *Centros* – resa in una fattispecie relativa alla libertà di stabilimento³⁸⁸ – offre l'esempio forse più gravido di implicazioni problematiche delle notevoli incertezze ancora presenti in tal senso³⁸⁹.

³⁸⁶ Nella causa citata nella nota precedente.

³⁸⁷ Nel concludere in *Finalarte*, lo stesso Avvocato generale Mischo aveva chiaramente affermato che il prestatore comunitario di servizi non vanta un diritto incondizionato ad operare in un altro Stato membro in base al diritto del lavoro del proprio paese d'origine (punto 44) e che il rispetto di una corretta dinamica concorrenziale proibisce il ricorso a pratiche di *dumping* in contrasto con gli obiettivi sociali del Trattato (vedi i punti 39 e 46 dell'opinione). Tutto ciò, tuttavia, non deve pregiudicare l'effetto utile delle norme in materia di libera prestazione dei servizi.

³⁸⁸ Vedi Corte di Giustizia CE, causa C-212/97, *Centros Ltd*, in *Racc.*, 1999, I, p. 1459.

³⁸⁹ Vedi, in termini critici, K. E. SØRENSEN, *Prospects for European Company Law After the Judgment of the European Court of Justice in Centros Ltd*, in *CYELS*, 1999, n. 2, p. 203, e S. DEAKIN, *Two Types of Regulatory Competition*:

Nel complesso caso sottoposto alla Corte veniva in buona sostanza in discussione la questione se fosse o meno compatibile con gli artt. 52, 56 e 58 del TCE il diniego di registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di uno Stato membro nel quale essa aveva la propria sede senza svolgervi attività commerciali, quando era pacifico che la succursale fosse destinata a consentire a tale società lo svolgimento di tutta l'attività nello Stato in cui veniva aperta, con lo scopo precipuo di evitare di costituire in questo una società e di eludere, in tal modo, l'applicazione delle più severe norme in vigore nello stesso sotto il profilo, in specie, dell'obbligo di versamento di un capitale sociale minimo. Il nocciolo della questione consisteva esattamente nel verificare se il comportamento scientemente diretto a lucrare sui differenziali di costo normativo tra due paesi membri in ordine ai requisiti di costituzione di una società di capitali integrasse o meno gli estremi di un abuso del diritto di stabilimento conferito dal Trattato.

La risposta della Corte è stata nel senso che un siffatto comportamento risponde, in principio, pienamente alla logica di un mercato integrato largamente fondato sulla concorrenza di sistemi regolativi differenti. Esso non può, perciò, considerarsi di per sé abusivo o fraudolento, essendo del tutto legittimamente basato sul calcolo delle convenienze economiche dischiuse dal processo concorrenziale transnazionale.

La tutela degli interessi generali, cui intendeva essere funzionale il diniego di registrazione opposto nella specie dall'autorità danese³⁹⁰, avrebbe potuto essere realizzata con mezzi più congrui e certamente meno invasivi della pura negazione del diritto. Non potevano pertanto ritenersi soddisfatte tutte le quattro condizioni cui è subordinata l'applicazione dell'art. 56 del TCE: ovvero il fatto che il provvedimento nazionale si applichi in modo non discriminatorio, sia giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico, sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per il raggiungimento dello stesso³⁹¹.

Le implicazioni della pronuncia vanno, come è facilmente intuibile, ben al di là della specifica materia considerata (i requisiti minimi di capitale), per ripercuotersi potenzialmente sull'intero spettro delle questioni coinvolte da una concorrenza

Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. Law and Economics Perspective on Centros, ivi, p. 231.

³⁹⁰ E cioè, secondo quanto sostenuto dal governo danese, dell'interesse generale alla tutela, da un lato, dei creditori pubblici contro il rischi di irrecuperabilità dei loro crediti e, dall'altro, dell'intera platea dei creditori, pubblici e privati, contro i rischi di bancarotta fraudolenta.

³⁹¹ Vedi il punto 34 della sentenza.

infracomunitaria tra diritti societari più e meno rigidi o onerosi, non escluse quelle riguardanti i diversi sistemi di partecipazione o, più in genere, di "coinvolgimento" dei lavoratori. È difficile predire quali potranno essere in concreto, soprattutto su tale ultimo versante, le effettive ripercussioni della sentenza.

Prospettive, o meglio rischi, di derive deregolative "spinte" alla "Delaware"³⁹² appaiono forse eccessivi per il contesto europeo³⁹³.

La recente direttiva n. 2001/86, che completa lo statuto della società europea³⁹⁴ per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, indica piuttosto – in questa delicatissima materia – la diversa prospettiva dell'"armonizzazione riflessiva"³⁹⁵ e della concorrenza coordinata e regolata tra i diversi sistemi normativi nazionali.

Rimane tuttavia innegabile che *Centros* – proiettando ad esempio più di un dubbio sulla piena legittimità comunitaria della dottrina della *siège réel*, accolta praticamente da tutti i diritti societari dell'Europa continentale³⁹⁶, e ridando comunque potenti iniezioni alla logica della competizione regolativa³⁹⁷ – contribuisca ad aumentare, per lo meno in modo indiretto, le non lievi incrinature del principio di territorialità in uno dei comparti più delicati e sensibili dello stesso diritto del lavoro nazionale³⁹⁸.

12.- L'indebolimento del principio di territorialità dei diritti sociali nazionali per effetto della progressiva espansione della sfera di applicazione della libertà comunitaria di prestazione dei servizi si presta bene a riassumere il senso complessivo delle descritte metamorfosi della costituzione economica europea.

L'integrazione negativa prende il sopravvento su quella positiva, sospinta in qualche modo dalla asimmetria istituzionale e normativa venutasi a creare, a suo vantaggio, per effetto della costituzionalizzazione dei trattati da parte della Corte di Giustizia. Questa ha infatti finito per riguardare soprattutto le norme sulle quali si fonda la costruzione di un mercato compiutamente

³⁹² Vedi, più di recente, C. BARNARD, *Social Dumping*, cit., *passim*.

³⁹³ In tal senso, condivisibilmente, K. E. SØRENSEN, *Prospects*, cit., pp. 222 ss.

³⁹⁴ Contestualmente adottato col regolamento n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001.

³⁹⁵ Come la chiamerebbe S. DEAKIN, *Two Types*, cit., pp. 244 ss.

³⁹⁶ Cfr. K. E. SØRENSEN, *Prospects*, cit., specialmente pp. 220-222.

³⁹⁷ Particolarmente chiare appaiono al riguardo le parole dell'Avvocato generale La Pergola, secondo cui rientra "nell'ordine logico – nella logica, cioè, dell'ordinamento comunitario – che il cittadino tragga vantaggio dall'elasticità del diritto britannico delle società. In assenza di armonizzazione, insomma, è la concorrenza tra sistemi normativi ("competition among rules") a dover avere libero gioco, anche in materia societaria" (così il punto 20 delle sue conclusioni).

³⁹⁸ Vedi, in tal senso, C. BARNARD, S. DEAKIN, *In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights*, in *IRJ – EAR*, 1999/2000, pp. 121 ss., specialmente p. 134.

unificato attorno ai principi della libertà di impresa e di concorrenza, principi che vengono in tal modo ad assumere una centralità del tutto sconosciuta rispetto agli equilibri originari. L'efficacia diretta riconosciuta alle libertà economiche – elevate, a differenza di quanto avviene nella maggior parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, al rango di diritti fondamentali – raggiunge immediatamente lo scopo della rimozione degli ostacoli e delle barriere che si frappongono alla costruzione del mercato unico, grazie alla supremazia del diritto comunitario sulle norme del diritto interno (anche di rango costituzionale).

I limiti istituzionali della integrazione positiva – prigioniera delle trappole della decisione congiunta e dei blocchi politici del metodo intergovernativo³⁹⁹ – impediscono alla stessa di compensare in modo adeguato i più o meno marcati effetti deregolativi prodotti – sul piano delle politiche sociali nazionali – dalla progressione semi-automatica dell'integrazione negativa.

Nel sistema dell'AUE, il potenziamento della risorse istituzionali dell'integrazione positiva, soprattutto attraverso l'immissione della regola della maggioranza qualificata, riguarda essenzialmente il mercato interno e solo limitatamente l'area delle politiche sociali. Esso riguarda, in altri termini, principalmente le misure – “di stampo antinterventista”⁴⁰⁰ – dirette a promuovere il regolare ed efficiente funzionamento del mercato interno.

Il dislivello tra integrazione negativa e positiva non riesce a essere colmato dall'Accordo sulla politica sociale (APS), allegato, unitamente al relativo Protocollo, al Trattato di Maastricht. A impedirlo sono, da un lato, l'autoesclusione opportunistica della Gran Bretagna, che, limitando gli effetti dell'accordo a undici degli allora dodici Stati membri, contribuisce in certo modo a rafforzare le contraddizioni e le distorsioni di un'Europa sociale *à la carte*, già emerse in scala ridotta all'atto della proclamazione della Carta comunitaria del 1989; e, dall'altro, la persistente assenza di un riconoscimento dei diritti sociali fondamentali a livello dei trattati, fatto, questo, che indebolisce le stesse potenzialità dell'innovativo innesto della contrattazione collettiva tra le fonti della politica sociale comunitaria⁴⁰¹.

Oggetto d'una rinnovata (e piuttosto sterile) polemica tra euro-pessimisti ed euro-ottimisti⁴⁰², le disposizioni “sociali” del Trattato

³⁹⁹ Per riprendere ancora la nota terminologia di F. W. SCHARPF, di cui vedi ad es. *Negative and Positive Integration*, cit., pp. 12 ss.

⁴⁰⁰ Come le chiama M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 49.

⁴⁰¹ Ivi, p. 43.

⁴⁰² Cfr. ad esempio le opposte valutazioni di R. BLANPAIN, *The European Union*, cit., p. 58 ss., e di F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, “Costituzione” europea e diritti sociali fondamentali, in *LD*, 2000, p. 281. Il primo, convinto che “una volta che il Trattato di Amsterdam ed il modello socio-economico che esso incorpora saranno ratificati, l'Unione europea diverrà socialmente defunta” (p.

di Amsterdam paiono, viceversa, oggettivamente segnate da un debole, ma nondimeno significativo, tentativo di riequilibrio di quella fondamentale asimmetria tra integrazione negativa e positiva dei sistemi nazionali di *Welfare State*, che si è detto essere il principale "precipitato" delle trasformazioni della costituzione economica europea⁴⁰³.

Le innovazioni al riguardo apportate dal Trattato di Amsterdam si sono mosse, come meglio vedremo nei prossimi paragrafi, lungo tre direttrici principali: quella del rafforzamento del rilievo costituzionale dei valori sociali assunti a base del processo di integrazione europea, soprattutto (ma non solo) attraverso il ripetuto riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta sociale europea del 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989⁴⁰⁴; quella della ridefinizione di una unitaria (e formalmente autonoma) base normativa di azione della Comunità in materia di politica sociale, mediante l'incorporazione nel Trattato del testo dell'APS; e – *at last but not at least* – quella della codificazione della strategia di coordinamento delle politiche nazionali del lavoro, quale progressivamente delineatasi a partire dal Consiglio di Essen del 1994, con l'introduzione nel TCE del nuovo Titolo sull'occupazione.

Il Trattato di Amsterdam apre così una fase nuova dell'integrazione comunitaria, caratterizzata dal tentativo di

58); i secondi, certi che nello stesso Trattato "possiamo sicuramente scorgere l'ossatura di un vero e proprio *bill of rights*, idoneo a consentire la giustiziabilità delle posizioni soggettive fondamentali nei confronti di ogni possibile atto giuridico lesivo, statale o sovranazionale" (p. 298), ed addirittura persuasi che, dopo una siffatta costituzionalizzazione "forte" dei diritti sociali a livello sovranazionale, non sarebbe scorretto affermare "il superamento della funzione di controllo interno e quindi la definitiva espropriazione della Corti costituzionali nazionali del sindacato di compatibilità costituzionale delle norme comunitarie e delle loro proiezioni sul diritto interno" (p. 282).

⁴⁰³ Cfr., ad esempio, in tal senso, F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, cit., pp. 155 ss.

⁴⁰⁴ Anche il nuovo art. 13 del TCE acquista, peraltro, un evidente rilievo in quest'ottica, come base normativa per prendere "i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali" (vedi la direttiva n. 2000/43/CE, del 29 giugno 2000, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la direttiva n. 2000/78/CE, del 27 novembre dello stesso anno, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro). Priva di ricadute sulla protezione dei diritti sociali appare, invece, la previsione (oggetto di revisione a Nizza) contenuta nell'art. 7 del TUE, che pare limitare le sanzioni politiche da essa contemplate alla ipotesi della violazione dei soli diritti civili e politici della tradizione liberale classica dello Stato di diritto; vedi, in tal senso, B. HEPPLER, *Towards a European Social Constitution*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, cit., pp. 291 ss., specialmente p. 292.

ritrovare un più appropriato ed equilibrato punto di bilanciamento tra l'esigenza della costruzione di un mercato compiutamente unificato – già approfondito dall'EMU e in procinto d'essere ulteriormente allargato – e quella della riaffermazione dei valori essenziali del modello sociale europeo, sia con l'emersione di principi-guida al vertice dell'ordinamento sovranazionale, sia con la ricerca dei necessari spazi di autonomia dei diritti del lavoro nazionali. Ad Amsterdam emerge, infatti, per la prima volta in modo chiaro, la consapevolezza che a tale equilibrio si riannodano aspetti centrali della legittimità democratica e della stessa capacità di tenuta dell'intero processo integrativo.

Il graduale rafforzamento della procedura del coordinamento aperto delle politiche del lavoro nazionali, effettivamente implementato ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato, e la sua incipiente estensione al cruciale settore delle politiche di protezione sociale, inizialmente escluse, costituiscono, come si dirà, aspetti di primaria importanza di tale tentativo.

Specialmente a partire dal vertice di Lisbona ha compiuto progressi significativi il tentativo di stabilire un raccordo più stretto – e, soprattutto, di segno effettivamente “bidirezionale” – tra il coordinamento delle politiche macroeconomiche e quello delle politiche occupazionali. L'esigenza di delineare le basi di un vero e proprio governo europeo dell'economia viene così sempre più avvertita come la necessità di esplorare le potenzialità di efficaci circuiti decisionali capaci “di gestire (dopo averle esplicitate) le interdipendenze sistemiche fra mercato e moneta unica, occupazione e protezione sociale”⁴⁰⁵.

La pur stentata conclusione, a Nizza, dell'ultima conferenza intergovernativa ha, per un verso, comunque garantito il consolidamento dell'*acquis* sociale del Trattato di Amsterdam e, per altro verso, con la solenne proclamazione della Carta europea, sensibilmente rafforzato e reindirizzato le prospettive di costituzionalizzazione di un corposo catalogo di diritti sociali fondamentali al livello dell'Unione.

È da quest'ultimo profilo che conviene prender le mosse per saggiare l'effettiva consistenza di quella che si è chiamata la nuova fase del *re-embedding liberalism* comunitario.

13.- L'originaria assenza – nei trattati istitutivi – di qualsivoglia riferimento ai diritti fondamentali non poteva essere considerata come una lacuna dell'ordinamento comunitario⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ M. FERRERA, *Le trappole del welfare. Uno stato sociale sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Bologna, 1998, p. 98.

⁴⁰⁶ Cfr. J. H. H. WEILER, *Eurocracy and Distrust. Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental*

Prima della fase "eroica" della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della "quieta rivoluzione"⁴⁰⁷ dalla stessa compiuta con la costituzionalizzazione dei trattati a partire da *Van Gend en Loos*⁴⁰⁸ e *Costa*⁴⁰⁹, il bisogno di protezione dei diritti fondamentali nella stessa sfera di incidenza del diritto comunitario poteva infatti dirsi pienamente soddisfatto dalle costituzioni nazionali degli Stati fondatori, tutti aderenti, d'altro canto, alla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti e della libertà fondamentali e, più tardi, alla stessa Carta sociale europea⁴¹⁰.

Lo stesso poteva ovviamente dirsi per i diritti sociali. Per la prima volta affermati, sia pure con enfasi e sensibilità molto diverse, dalle costituzioni postbelliche degli Stati membri, essi potevano contare sulla sicura protezione accordata dagli ordinamenti nazionali, senza possibilità, almeno nelle astratte previsioni dei padri fondatori, di venire compressi dai trattati comunitari. Questi – garantendo la graduale integrazione delle economie degli Stati membri – avrebbero anzi favorito la loro protezione effettiva, rafforzando le dinamiche di sviluppo materiale che costituiscono la precondizione sostanziale per il soddisfacimento soprattutto dei diritti sociali di ripartizione⁴¹¹.

In un contesto del genere, il riconoscimento di diritti fondamentali nel Trattato di Roma poteva perciò apparire relativamente superfluo. L'omissione di riferimenti agli stessi poteva, anzi, apparire nello stesso tempo utile e opportuna, in quanto – come rilevato da Weiler⁴¹² – avrebbe potuto contribuire a scongiurare la minaccia di una surrettizia espansione dei poteri attribuiti alla nuova Comunità, ove si fosse tenuto presente il nesso, comprovato dalle esperienze storiche del federalismo, tra l'enunciazione di un *Bill of Rights* e l'estensione delle competenze a scapito delle unità statali nazionali.

La lacuna emerge solo più tardi, quando l'affermazione delle dottrine costituzionali dell'effetto diretto, della supremazia del diritto comunitario e dei poteri impliciti, nel materializzare comunque quella minaccia, rischia, ove non compensata dalla

Human Rights within the Legal Order of the European Communities, in *WLR*, 1986, n. 1, pp. 1103 ss.

⁴⁰⁷ Si tratta ancora di note espressioni di J. H. H. WEILER, di cui vedi: *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *CPS*, 1994, pp. 510 ss., e *The Transformation of Europe*, in *ID.*, *The Constitution of Europe*, cit., pp. 19 ss.

⁴⁰⁸ Corte di Giustizia CE, causa 26/62, in *Racc.*, 1963, p. 3.

⁴⁰⁹ Corte di Giustizia CE, causa 6/64, in *Racc.*, 1964, p. 585.

⁴¹⁰ Si veda, da ultimo, anche M. CARTABIA, *Commento all'art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 345.

⁴¹¹ Vedi *retro*, par. 1 e 2.

⁴¹² Di cui vedi pure *Il sistema comunitario europeo*, cit., pp. 139 ss.

sviluppo di adeguate forme di garanzia a livello sovranazionale, di lasciare pericolosamente scoperto l'essenziale nodo della protezione dei diritti fondamentali da parte della Comunità europea.

L'esigenza della affermazione di adeguate forme di protezione, e in specie del riconoscimento di un catalogo espresso di diritti sociali effettivamente garantiti a livello comunitario, da un lato, quindi, segue e asseconda l'analoga esigenza ben presto postasi sul piano più generale, ma dall'altro risponde a una logica sua propria, che dà conto della specificità della problematica dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione.

La progressiva affermazione di un sistema pretorio di protezione comunitaria dei diritti fondamentali – elaborato e progressivamente affinato dalla Corte di Giustizia a partire dalla fine degli anni Sessanta in risposta alle forti sollecitazioni ad essa provenienti soprattutto dalle corti costituzionali tedesca e italiana⁴¹³ – se, infatti, è in qualche modo riuscito a colmare la lacuna sopravvenuta per i diritti e le libertà civili ed economiche della tradizione liberale, dall'altro non ha saputo fornire adeguate risposte sullo specifico versante dei diritti sociali.

Il linguaggio dei diritti fondamentali, gradualmente evolutosi e articolatosi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in un dialogo sempre più intenso con le corti nazionali, non ha, infatti, toccato che marginalmente i diritti sociali⁴¹⁴. Esso ha riguardato essenzialmente i diritti della prima generazione⁴¹⁵: la “tematizzazione” della dimensione sociale comunitaria – se si prescinde dall'importante eccezione della parità di trattamento/pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici – si è invece svolta prevalentemente al di fuori del linguaggio proprio dei diritti fondamentali.

Su tale ultimo piano, quella giurisprudenza ha, anzi, paradossalmente finito per aggravare il *deficit* di tutela comunitaria, laddove ha più immediatamente esposto i diritti sociali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri alle pressioni della liberalizzazione economica transnazionale⁴¹⁶,

⁴¹³ Cfr., per tutti, nell'ambito di una vastissima letteratura, G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in RTDPC, 1989, pp. 1 ss.

⁴¹⁴ Vedi G. DE BURCA, *The Language of Rights and European Integration*, in J. SHAW, G. MORE (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, pp. 29 ss.

⁴¹⁵ Cfr. E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in DUE, 1996, n. 1, pp. 164 ss.

⁴¹⁶ Vedi S. SCIARRA, *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell'Unione europea*, EUI Working Papers, Law n. 96/1, e più di recente EAD., *Market Freedom and Fundamental Rights*, EUI Working Papers, Law, n. 2002/3.

amplificate dalla tendenziale attribuzione alle sole libertà economiche, con una forza sconosciuta a molte costituzioni nazionali⁴¹⁷, dello *status* di diritti fondamentali.

Non sorprende, pertanto, che – nella misura in cui le asimmetrie di protezione e, quindi, i rischi di collisione tra libertà economiche (comunitarie) e diritti sociali (nazionali) si facevano corrispondentemente più ampi⁴¹⁸ – la comunità dei giuslavoristi europei sia stata tra le più attive, a partire dalla fine degli anni Ottanta, nel reclamare l'urgenza di un'espressa costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali direttamente nel corpo dei trattati istitutivi⁴¹⁹. Né, evidentemente, sorprende il fatto che – accompagnando una linea di riflessione fatta autorevolmente propria dal Comitato di saggi incaricato dalla Commissione⁴²⁰ – tale comunità abbia offerto i suoi più articolati apporti critici e le sue proposte più significative e qualificate nel 1996, nel corso della conferenza intergovernativa sfociata nel Trattato di Amsterdam⁴²¹, quando quell'urgenza, ormai varato il disegno dell'EMU, appariva maggiore.

Un comune intento era quello di porre un freno ai possibili effetti destrutturanti prodotti per via di mera integrazione negativa da un'espansione incontrollata delle libertà di circolazione e concorrenza, nello stesso tempo vincolando l'emersione di nuovi

⁴¹⁷ Vedi A. CANTARO, *Lavoro e diritti sociali nella "costituzione europea"*, in *DD*, 1999 – *Lavoro: declino o metamorfosi?*, a cura di P. Barcellona, p. 97.

⁴¹⁸ In tema, vedi meglio più avanti, specialmente nel par. 17 della parte seconda.

⁴¹⁹ Vedi ad es. W. DÄUBLER, *Market and Social Justice in the EC. The Rationale and Substance of a European Fundamental Rights Act*, in ID. (a cura di), *Market and Social Justice in the EC. The Other Side of the Internal Market*, Gütersloh, 1991, pp. 42 ss.; A. LYON-CAEN, S. SIMITIS, *L'Europe sociale à la recherche de ses références*, in *RMUE*, 1993, p. 109; LORD WEDDERBURN, *European Community Law and Workers' Rights After 1992*, cit.; M. A. MOREAU, *Tendances du droit social communautaire: des droits sociaux en quête de reconnaissance*, in *DS*, 1994, p. 612; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, E. CASAS, *In Support of a European Social Constitution*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS (a cura di), *European Community*, cit., pp. 23 ss.; S. SCIARRA, *Verso la costituzionalizzazione*, cit.

⁴²⁰ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino. Rapporto del Comitato di esperti presieduto da Maria de Lourdes Pintasilgo*, Bruxelles, 1996.

⁴²¹ Si fa riferimento a R. BLANPAIN, B. HEPPEL, S. SCIARRA, M. WEISS, *Fundamental Social Rights: Proposal for the European Union*, Leuven, 1996 (che proponevano di riformulare l'art. 117 del Trattato di Roma, inserendo in esso l'enunciazione vincolante di un esteso catalogo di diritti sociali immediatamente azionabili, senza trascurare l'esplicitazione di principi direttivi per le politiche di protezione sociale della Comunità e degli Stati membri); e a B. BERCUSSEON *et al.*, *A Manifesto for Social Europe*, Bruxelles, 1996, specialmente pp. 155 ss. (che puntavano invece all'integrazione nel TCE della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori insieme al Protocollo e all'Accordo sulla politica sociale firmati a Maastricht, onde conseguire con essi, per via legislativa, i principi sostanziali affermati nella prima).

principi sostantivi di diritto del lavoro comunitario a comuni valori fondamentali, protetti e riconosciuti come diritti di rango pariordinato alle libertà economiche.

Sullo sfondo si poneva anche la delicata questione della necessaria rilegittimazione della Corte, pericolosamente esposta a un uso strumentale delle libertà economiche comunitarie in funzione di smantellamento delle tutele apprestate dagli ordinamenti sociali nazionali⁴²².

La specificità della problematica sottesa al riconoscimento dei diritti sociali poteva essere in tal senso comunque percepita pur nell'ambito della più generale questione della rilegittimazione democratica dell'attività di "aggiudicazione costituzionale" della Corte di Giustizia e dello stesso ordinamento comunitario. L'inclusione nei trattati di un esaustivo catalogo comunitario avrebbe corretto il vizio di origine d'una elaborazione pretoria dei diritti fondamentali sviluppata in funzione prevalentemente strumentale all'esigenza dell'efficacia della integrazione mercantile⁴²³, e perciò al di fuori di "un disegno democratico"⁴²⁴, ovviando ai limiti intrinseci alla *judge made law* e al contempo colmando la sua più evidente lacuna.

La Carta comunitaria del 1989 non aveva evidentemente potuto svolgere una tale complessa e ambiziosa funzione, né del resto era stata concepita in questa prospettiva. Proclamata senza il Regno Unito, la Carta riuniva con "calcolata imprecisione giuridica"⁴²⁵, in un testo del tutto sprovvisto di efficacia vincolante, diritti, principi e meri obiettivi di politica sociale. Essa ha potuto costituire un'utile base programmatica per le iniziative di politica sociale assunte dalla Commissione nella prima metà degli anni Novanta in

⁴²² Cfr. soprattutto S. SIMITIS, *Dismantling or Strengthening Labour Law: The Case of European Court of Justice*, in *ELJ*, 1996, p. 1.

⁴²³ In tal senso, la nota analisi di J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *CMLR*, 1992, pp. 669 ss.; vedi però, criticamente, J. H. H. WEILER, N. J. S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, ivi, 1995, pp. 62 ss. Anche P. DAVIES, *The European Court of Justice, National Courts, and the Member States*, in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, S. SIMITIS (a cura di), *European Community*, cit., pp. 95 ss., qui p. 124, sottolinea come lo sviluppo della giurisprudenza sui diritti fondamentali della Corte di Giustizia si sia prevalentemente collocato in un'ottica strumentale, quale "parte centrale della battaglia da essa condotta per garantirsi l'accettazione, da parte delle corti nazionali, delle dottrine della supremazia e dell'effetto diretto".

⁴²⁴ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pp. 54-55, che sottolinea come i diritti fondamentali abbiano fatto la loro comparsa "ad un certo punto della vita della Comunità per contenere eventuali deviazioni delle istituzioni comunitarie, senza mai assumere, tuttavia, la dignità di valori costitutivi dell'ordinamento comunitario", ciò che spiega la "prevalenza assiologica" accordata agli "obiettivi economici che costituiscono la ragion d'essere dell'integrazione comunitaria".

⁴²⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. CASAS, *In Support*, cit., p. 35.

una temperie particolarmente sfavorevole, sfruttando gli esigui spazi offerti prima dall'art. 118a del TCE e più tardi – ma sempre col grave limite dell'autoesclusione del Regno Unito – dall'APS. Non stupisce, perciò, che la Corte di Giustizia abbia fatto riferimento alla stessa con estrema riluttanza e parsimonia come ad una possibile fonte di ispirazione per l'elaborazione di diritti sociali fondamentali comunitari, giungendo, per di più, nei rari casi, a esiti presocché sempre negativi⁴²⁶.

D'altro canto, il Trattato di Maastricht – mantenendo immutata la debole posizione dei diritti sociali e rafforzando al contempo, quantomeno in termini simbolici, quella dei diritti della prima generazione – aveva aggravato le asimmetrie e gli squilibri lasciati irrisolti dalla Carta del 1989. Come è stato efficacemente scritto, con esso la Comunità/Unione europea si era in qualche modo riportata “al primo stadio del ciclo evoluzionistico dei diritti di Marshall”⁴²⁷, contraddicendo l'ispirazione di molte tradizioni costituzionali degli Stati *sociali* nazionali.

Incorporando una decisione di sistema a favore del libero mercato e della concorrenza, il Trattato di Maastricht accresceva lo iato tra integrazione negativa e positiva proprio nella misura in cui si limitava a codificare – senza riconoscere spazi autonomi ai diritti sociali – l'*acquis* giurisprudenziale della Corte di Giustizia. L'ex art. F.2 – che peraltro il successivo art. L (poi 46, nella versione consolidata e modificata) escludeva dal raggio della competenza della Corte⁴²⁸ – restringeva, infatti, i riferimenti da esso compiuti alla Convenzione di Roma del 1950 e alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in termini che non potevano che suonare a conferma della sostanziale estraneità dei diritti sociali fondamentali dall'orizzonte dell'azione comunitaria⁴²⁹.

⁴²⁶ Lo ricordano J. BAQUERO CRUZ, *La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado del Amsterdam*, in *DCE*, 1998, n. 4, pp. 639 ss., sul punto p. 653, e L. BETTEN, *The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?*, in *IJCLIR*, 2001, pp. 151 ss., specialmente pp. 157-158, ove sono reperibili riferimenti ai pochissimi esempi di utilizzo in tale direzione (ma con esiti, come detto, quasi sempre negativi) della Carta del 1989.

⁴²⁷ M. LA TORRE, *Cittadinanza e diritti sociali. Una prospettiva europea*, in *I*, 1998, pp. 73 ss., qui p. 77.

⁴²⁸ È noto come il limite di competenza in tal modo fissato alla Corte sia stato rimosso proprio grazie alla riformulazione, nel Trattato di Amsterdam, dell'attuale art. 46 del TCE.

⁴²⁹ Cfr. soprattutto S. SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam*, cit., pp. 480 ss. L'A. ricorda come la Convenzione di Roma – notoriamente priva di riferimenti ai diritti sociali, coperti, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla Carta di Torino del 1961 – non rappresenti una base adeguata neppure per la protezione della libertà di associazione sindacale, pure menzionata dal suo art. 11. La Corte di Strasburgo ha infatti interpretato anche tale disposizione secondo quell'approccio eminentemente individualistico che segna, inevitabilmente, l'intero impianto della Convenzione. Si veda pure B. HEPPLER, *Towards a European Social Constitution*, cit., pp. 300-301.

In tale contesto, le disposizioni introdotte dal Trattato di Amsterdam segnano, allora, come anticipato, un'evidente e incontestabile discontinuità rispetto al passato.

L'esplicito "riferimento"⁴³⁰ ai diritti sociali fondamentali riconosciuti nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria del 1989, ora contenuto nei trattati⁴³¹, costituisce una novità di notevole significato simbolico e ad un tempo di indubbio rilievo pratico⁴³². Esso ha effettivamente dischiuso – pur in mancanza di una compiuta costituzionalizzazione di tali diritti – nuove opportunità per un più equilibrato bilanciamento tra valori sociali e valori economici da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Nell'affermare per la prima volta in maniera esplicita la fundamentalità dei diritti-valori sociali⁴³³, i trattati hanno effettivamente reso più agevole la ricerca di limiti all'"imperialismo dell'integrazione negativa"⁴³⁴, consentendo di "realizzare conciliazioni più favorevoli agli obiettivi sociali, cui la costruzione comunitaria si trova sempre più strettamente legata"⁴³⁵. L'ormai celebre caso *Albany International BV*⁴³⁶ rappresenta l'esempio più emblematico delle opportunità offerte in tal senso dal Trattato di Amsterdam. In esso, gli obiettivi di politica sociale perseguiti dal Trattato, anche attraverso il richiamo alle due carte sociali menzionate nell'art. 136, hanno potuto essere equiparati, per importanza e rilievo, a quelli oggetto delle norme comuni sulla concorrenza, dando alla Corte di Giustizia la possibilità di compiere un'operazione di bilanciamento tra i medesimi che il quadro normativo preesistente avrebbe con ogni probabilità reso più difficile e forse impedito⁴³⁷.

⁴³⁰ S. ROBIN-OLIVIER, *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, in *DS*, 1999, p. 609.

⁴³¹ Vedi in particolare il quarto capoverso del Preambolo del TUE (ove le parti contraenti dichiarano di confermare il "proprio attaccamento" a tali diritti) e l'art. 136 del TCE (ove la Comunità e gli Stati membri si impegnano a "tenere presenti" i suddetti diritti nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale definiti dalla stessa disposizione).

⁴³² Cfr. nuovamente S. SCIARRA, *From Strasbourg*, cit., pp. 488 ss.

⁴³³ Vedi M. BONNECHÈRE, *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen?*, in *EChron.*, 2000, luglio, p. 4.

⁴³⁴ F. W. SCHARPF, *Negative and Positive Integration*, cit., p. 35.

⁴³⁵ S. ROBIN-OLIVIER, *La référence*, cit., p. 616.

⁴³⁶ Sul quale vedi diffusamente il par. 11 della seconda parte di questo studio.

⁴³⁷ Il fatto che l'Avvocato generale e la Corte facciano – per esigenze processuali – formalmente riferimento (per lo più) alle disposizioni dell'APS, non elide la correttezza delle osservazioni testé compiute. Quella interpretazione, infatti, incorpora chiaramente, nella lettura delle disposizioni dell'APS e del TCE, le novità sostanziali nel frattempo apportate dal Trattato di Amsterdam, pur non ancora in vigore all'epoca dei fatti di causa.

Il caso *Albany* esemplifica, tuttavia, al tempo stesso, anche tutti i limiti di un riferimento ai diritti sociali fondamentali che non riesca a svincolarsi dalla mera strumentalità al perseguimento di obiettivi sociali pur dichiarati essenziali dalla Comunità e dagli Stati membri. Limiti che appaiono in certo senso sublimati – come si avrà modo di argomentare più approfonditamente nel prosieguo⁴³⁸ – proprio dal rifiuto di scorgere, nell'attività di contrattazione collettiva e nei suoi prodotti, l'esplicazione di un diritto sociale fondamentale, come tale afferente al nucleo delle precondizioni minime di un autonomo diritto del lavoro⁴³⁹.

In effetti, i diritti sociali – quali enunciati, peraltro con forza ed efficacia molto diseguali⁴⁴⁰, dalle due carte sociali europee del 1961 e del 1989 – fanno ingresso col Trattato di Amsterdam nell'*acquis* comunitario essenzialmente “come linee direttive per l'attività della Comunità e degli Stati membri”⁴⁴¹. Essi entrano in via di principio nel patrimonio normativo comunitario essenzialmente come interessi sociali oggettivi, sia pure di rango fondamentale, e non come posizioni soggettive direttamente giustiziabili. “Quelli che impegnano la Comunità (e gli Stati membri) sono gli interessi sociali presentati in forma di obiettivi (occupazione, protezione sociale, dialogo sociale, etc.), e sono questi l'oggetto della tutela da parte del Trattato (che è pur sempre la legge fondamentale della Comunità). I diritti restano invece sullo sfondo e l'opportunità del loro soddisfacimento è collegata alla necessità di realizzazione degli obiettivi sociali. Essi tornano, insomma, al loro stato di *Reflexrechte*”⁴⁴².

In tal senso, resta evidente l'asimmetria rispetto alle libertà economiche fondamentali direttamente garantite ai singoli dal TCE: lo stato di “*minorità comunitaria*”⁴⁴³ ancora proprio dei diritti sociali⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Vedi, *infra*, i paragrafi 15 e 16 della parte seconda.

⁴³⁹ E che non a caso figura tra i *core labour standards* da ultimo considerati dalla Dichiarazione OIL sulle norme fondamentali del lavoro, del 18 giugno 1998.

⁴⁴⁰ Lo sottolinea T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in LD, 2000, pp. 429 ss., specialmente p. 437, ove si rileva che le due carte “presentano liste alquanto eterogenee, con grado diverso di specificità, rispetto sia ai diritti sociali c.d. programmatici sia a quelli immediatamente azionabili”.

⁴⁴¹ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali è tempo di agire. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Prof. Spiros Simitis*, Bruxelles, febbraio 1999, di seguito citata come Rapporto Simitis, p. 7.

⁴⁴² M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 530.

⁴⁴³ Ivi, p. 529 (il corsivo figura nell'originale).

⁴⁴⁴ In senso conforme, M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in LD, 2000, pp. 547 ss., specialmente pp. 554-555; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 2000, I, p. 779 ss., specialmente pp. 814 ss.

Anche dopo il Trattato di Amsterdam, il diritto del lavoro comunitario rimane perciò racchiuso in una dimensione che è stata definita "precostituzionale"⁴⁴⁵, nella misura in cui manca ancora di radici profonde nei trattati pur potendo poggiare sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Da tale punto di vista, si comprende perfettamente l'autorevole affermazione per cui, con l'esplicitarne per la prima volta il riferimento nei trattati, il Trattato di Amsterdam non ha fatto venire meno, ma ha semmai reso viepiù urgente ed evidente la necessità di un'espressa costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali, a fianco di quelli civili ed economici, al massimo livello di visibilità e di efficacia proprio dell'ordinamento sovranazionale⁴⁴⁶. E ciò, segnatamente, attraverso l'inclusione di un catalogo aperto nel corpo dei trattati istitutivi, che si ispiri al principio della indivisibilità di diritti civili e sociali.

Il Comitato Simitis rivolgeva così idealmente alla Convezione incaricata di redigere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea l'invito a operare una tale ricomposizione dei valori fondamentali del modello sociale europeo, nel nome della unità e delle complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione. Soltanto nell'indivisibilità risultante dall'unitario e paritario riconoscimento in uno stesso documento costituzionale dei suddetti diritti, avrebbe infatti potuto trovare concreta traduzione l'idea – alla base di quel modello – per cui i diritti sociali, nel realizzare gli autonomi fini di giustizia e uguaglianza sostanziale loro propri, concorrono anche a porre le condizioni normative per un regolare ed efficiente funzionamento del mercato.

14.- Solennemente proclamata al vertice di Nizza dai presidenti in carica del Parlamento, della Commissione e del Consiglio alla presenza dei membri del Consiglio europeo⁴⁴⁷, la Carta europea dei diritti fondamentali⁴⁴⁸ risponde effettivamente all'auspicio della riunificazione e della equiordinazione, in un catalogo che è per la prima volta specifico e proprio dell'intera Unione europea, dei valori e dei diritti assunti come fondamentali e fondanti della stessa legittimità dell'ordine comunitario.

Affronteremo fra breve la delicata questione del valore e dell'efficacia giuridica attuale di un documento che allo stato poggia soltanto su una solenne proclamazione politica, pur

⁴⁴⁵ S. SCIARRA, *Integration through Courts*, cit., p. 23.

⁴⁴⁶ Rapporto Simitis, p. 6.

⁴⁴⁷ Sulle modalità e sul significato simbolico della peculiare forma di proclamazione prescelta, vedi B. DE WITTE, *The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?*, in *MJ*, 2001, pp. 81 ss., specialmente p. 82.

⁴⁴⁸ In *GUCE*, C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1.

candidandosi a diventare eventualmente parte integrante di un futuro trattato "basilare" o "fondamentale" dell'Unione europea. Il dato più significativo ai nostri fini – e che va perciò rimarcato in apertura – consiste, infatti, anzitutto nell'acquisizione di quel principio di indivisibilità e inscindibilità, nel quale più immediatamente percepibile risulta la forza innovatrice della Carta del 2000 rispetto alla esperienza comunitaria in materia. È infatti proprio qui che – anche oltre quanto era forse lecito attendersi, stando alla cauta formulazione del mandato ricevuto a Colonia dalla Convenzione⁴⁴⁹ – va colta e apprezzata la maggior portata novativa della Carta: nella affermazione, solenne e concreta, del principio della indivisibilità, interdipendenza e complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione; nella equiordinazione, attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona⁴⁵⁰, dei diritti civili, politici, economici e sociali.

Nell'abbattere le barriere tra le diverse categorie di diritti fondamentali e nel conferire autonomia ed eguale valore normativo ai diritti sociali, la Carta di Nizza si situa direttamente nel solco del più avanzato costituzionalismo europeo⁴⁵¹, superando i limiti funzionali in tal senso ravvisabili nell'enunciazione contenuta nel Trattato di Amsterdam⁴⁵². Il principale apporto di novità sostanziale – quanto a principi e valori ispiratori dell'azione dell'Unione europea – sta, quindi, come generalmente sottolineato dai commentatori della Carta⁴⁵³, nella promozione anche dei diritti sociali fondamentali a diritti di rango pari a quello delle libertà economiche.

⁴⁴⁹ Cfr. infatti lo scetticismo al riguardo manifestato da M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., pp. 540-541, che, nel mandato a tener semplicemente conto dei diritti sociali, per di più nei limiti in cui gli stessi non costituissero meri obiettivi di azione, paventava il rischio di una conferma, anche nella nuova carta, della tradizionale "minorità dei diritti sociali" in sede comunitaria.

⁴⁵⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 57 ss., sul punto p. 74.

⁴⁵¹ Vedi ancora S. RODOTÀ, *La Carta*, cit., p. 73, nonché A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere*, cit., pp. 29 ss., sul punto p. 31.

⁴⁵² E superando, a maggior ragione, la stessa esperienza della Carta comunitaria del 1989, la cui funzione S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, n. 2, pp. 391 ss., specialmente p. 408, ritiene, giustamente, "storicamente conclusa". Tende, invece, non del tutto condivisibilmente, a ravvisare una sostanziale continuità di metodo e di contenuto tra la Carta del 1989 e quella del 2000, R. FOGLIA, *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2001, pp. 6 ss., specialmente p. 7.

⁴⁵³ Vedi ad es., oltre agli autori citati nelle note precedenti, E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in *Riscrivere*, cit., pp. 9 ss., in particolare p. 18; K. LENAERTS, E. E. DE SMIJTER, *A "Bill of Rights" for the European Union*, in *CMLR*, 2001, pp. 273 ss., specialmente p. 280; M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *LD*, 2001, p. 329.

Nel momento in cui la Carta si proietta come tavola dei valori fondamentali di una costruzione che ha da tempo trasceso la mera dimensione mercantile per incidere in profondità su quella politica e costituzionale, viene anche significativamente superata la collocazione strumentale e ancillare dei diritti sociali sin qui accolta nella prospettiva comunitaria. Nel momento del transito simbolico dalla integrazione attraverso il mercato a quella attraverso i diritti⁴⁵⁴, il modello sociale europeo recupera non casualmente quella centralità che “sembrava esser stata cancellat[a] dalla prevalente logica dei Trattati”⁴⁵⁵.

In un’economia di mercato “eterocorretta” e “eterocompensata” in senso solidaristico⁴⁵⁶, i diritti sociali sono indivisibili dagli altri diritti fondamentali, e dalla libertà economiche comunitarie in particolare, e “partecipano tutti della stessa natura”⁴⁵⁷.

La solidarietà – quale meta-criterio ispiratore dei diritti sociali insieme all’eguaglianza sostanziale e alla dignità della persona – assurge nella Carta a “principio ordinatore di diritti individuali e collettivi”⁴⁵⁸, accanto ai principi di dignità, libertà, uguaglianza, cittadinanza e giustizia⁴⁵⁹. Collocata con pari forza tra i valori classificatori dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la solidarietà viene perciò a porsi come principio fondamentale dell’ordine costituzionale comunitario.

Prevalentemente collocati nel Capo dedicato alla solidarietà, i diritti sociali trovano comunque nella Carta ampi e diffusi riconoscimenti anche nelle sezioni intitolate alla libertà, all’eguaglianza e alla cittadinanza. L’indivisibilità tra diritti civili, politici e sociali si coglie anche nella trasversalità della collocazione sistematica di tali ultimi diritti, a sua volta efficacemente restituita dall’immagine della “natura reticolare della solidarietà europea”⁴⁶⁰.

Il catalogo dei diritti sociali che trovano espresso accoglimento nella Carta europea appare, nel suo insieme, ampio e robusto, anche se – come è inevitabile in un documento nel quale si avverte palpabile la difficoltà del compromesso e la mediazione a volte

⁴⁵⁴ Cfr. A. MANZELLA, *Dal mercato*, cit., e, con riguardo alle tappe precedenti del processo, L. AZZENA, *L’integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998.

⁴⁵⁵ S. RODOTÀ, *La Carta*, cit., p. 79.

⁴⁵⁶ Per usare la terminologia di A. PREDIERI, *Euro*, cit., pp. 5 ss. e *passim*.

⁴⁵⁷ G. ARRIGO, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Prime osservazioni*, in *DL*, 2001, I, pp. 191 ss., qui pp. 192-193.

⁴⁵⁸ S. SCIARRA, *Diritti sociali*, cit., p. 405.

⁴⁵⁹ Sottolineano l’originalità della tecnica redazionale della Carta, innovativamente incentrata attorno a sei valori o principi fondamentali, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione a ID. (a cura di)*, *L’Europa*, cit., p. 15.

⁴⁶⁰ S. SCIARRA, *Diritti sociali*, cit., p. 405.

sofferta tra culture politiche e costituzionali diverse⁴⁶¹ – esso non risulta certo immune da limiti e lacune. Nell'articolarlo nelle diverse sezioni della Carta, la Convenzione ha attinto diffusamente – e con vario grado di libertà – alle principali fonti internazionali recepite dagli Stati membri⁴⁶², oltre che alle tradizioni costituzionali degli stessi.

Ne sono scaturiti esiti talvolta non privi di originalità e, comunque, di potenzialità di innovazione e d'ulteriore sviluppo, anche rispetto a quelle tradizioni costituzionali – come l'italiana – storicamente più ricche e dettagliate nei loro riconoscimenti in materia di diritti sociali. Si pensi, ad esempio, al diritto alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati, ripreso dall'art. 24 della nuova Carta sociale europea del 1996 ma assente, in quanto tale, salva solo (a quanto consta) l'eccezione portoghese, dalle costituzioni degli Stati membri⁴⁶³; o si pensi ancora al diritto all'informazione e alla consultazione, "in tempo utile", nell'ambito dell'impresa, attribuito ai lavoratori o ai loro rappresentanti dall'art. 27 della Carta.

E si pensi pure – su altro piano – al centrale rilievo assunto nella Carta del 2000 dai temi della lotta alla povertà e all'esclusione sociale⁴⁶⁴, tutti rideclinati nel linguaggio dei diritti fondamentali in prospettive almeno in parte inedite, in particolar modo per gli Stati sociali europei di impronta bismarckiana, e in termini che potrebbero divenire suscettibili di innovative ricadute sullo stesso piano delle funzioni di coesione sociale oggi assolte dalla Comunità in una dimensione solo inter-statale o regionale.

Il diritto all'assistenza sociale e abitativa volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti *ex art. 34.3*, assume, in quest'ottica, tutta la sua importanza di principio nel ribadire in termini giuridicamente impegnativi che l'assicurazione delle condizioni materiali di esistenza ad ogni individuo costituisce il presupposto stesso del

⁴⁶¹ Anche in questo caso, ha particolarmente pesato l'ostilità del Regno Unito nei confronti dell'idea d'una piena incorporazione dei diritti sociali in un testo probabilmente destinato ad avere prioritaria rilevanza costituzionale nel futuro dell'Unione. Vedi B. HEPPLE, *The EU Charter of Fundamental Rights*, in *ILJ*, 2001, pp. 225 ss.

⁴⁶² R. FOGLIA, *La Carta*, cit., p. 8, ha parlato a tale proposito di una "comunitarizzazione dei principi del diritto internazionale del lavoro".

⁴⁶³ Come nota A. GIORGIS, *Commento agli articoli 30 e 31*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 223.

⁴⁶⁴ Si tratta invero di temi entrati con forza nell'agenda comunitaria degli anni Novanta, la cui centralità era già stata riaffermata con vigore dal Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo del 2000 e risulta da ultimo ribadita dalla nuova Agenda sociale europea approvata a Nizza (in particolare nell'ambito del terzo orientamento generale per la politica sociale, relativo alla lotta contro tutte le forme di esclusione e di discriminazione).

godimento di qualsivoglia libertà civile o economica garantita dalle fonti comunitarie⁴⁶⁵.

La Carta, come detto, vive allo stato in forza della solenne proclamazione dei rappresentanti delle istituzioni politiche dell'Unione europea e rimane, pertanto, formalmente fuori del corpo dei trattati, in piena conformità, in ciò, al programma stabilito a Colonia. La questione del suo formale inserimento nei trattati dovrà essere sciolta dalla prossima conferenza intergovernativa⁴⁶⁶, nell'ambito della più generale discussione sulla riforma costituzionale dell'Unione⁴⁶⁷.

Il fatto che la Carta di Nizza risulti ad oggi adottata nella forma della proclamazione solenne, e quindi come atto essenzialmente politico, non sembra, tuttavia, poter autorizzare impropri accostamenti con precedenti solo all'apparenza (o solo in superficie) analoghi. Non pare in tal senso condivisibile un accostamento con l'esperienza della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, che sia fondato sulla pretesa identità della natura (giuridicamente non vincolante) dell'atto di adozione⁴⁶⁸.

A suggerire – sin da subito, e a prescindere dalle pur molto concrete prospettive di incorporazione nei trattati – una diversa e maggiore rilevanza *giuridica* della Carta di Nizza sono, oltre che i diversi contenuti, l'assoluta originalità e novità del metodo che ha presieduto alla adozione della Carta del 2000⁴⁶⁹. La filosofia del

⁴⁶⁵ Non sembrerebbe in tale ottica azzardato dire che riecheggia nella disposizione l'idea che la disponibilità di risorse sufficienti e la garanzia di un reddito minimo – in quanto precondizioni dell'effettivo godimento della cittadinanza – rientrino in realtà *tout court* nel novero dei diritti civili; cfr. M. PACI, *La sfida della cittadinanza sociale*, Roma, 1990, p. 137.

⁴⁶⁶ Vedi la Dichiarazione relativa al futuro dell'Unione ed in particolare il suo punto 5, ove si stabilisce, fra l'altro, che all'interno del processo aperto di discussione della riforma costituzionale dell'Unione dovrà essere decisa la questione dello *status* della Carta dei diritti fondamentali, in conformità delle conclusioni di Colonia. E si vedano pure le conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Nizza, al punto 2.

⁴⁶⁷ Per tutti, J. WOUTERS, *Institutional and Constitutional Challenges for the European Union – Some Reflections in the Light of the Treaty of Nice*, in *ELR*, 2001, pp. 342 ss.

⁴⁶⁸ È, come già ricordato, quanto parrebbe invece suggerire R. FOGLIA, *La Carta*, cit., p. 7.

⁴⁶⁹ Il metodo, trasparente e aperto agli apporti della società civile, inaugurato dalla Convezione a dominanza parlamentare voluta a Colonia coll'intento di rafforzare la legittimità democratica dell'azione dell'Unione, già promette di divenire un modello di riferimento costante, capace di irradiarsi e diffondersi nei processi di revisione dei trattati comunitari. Ne costituisce prova tangibile la decisione, assunta dal Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001, di dar vita a una nuova Convezione, costituita sul modello di quella di Colonia e presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, al fine di progettare le grandi riforme costituzionali di un'Unione europea ormai pronta all'allargamento.

“come se” – che ha ispirato la redazione della Carta⁴⁷⁰ – appare idonea a dischiudere ampi spazi di immediata incidenza giuridica della stessa nella elaborazione interpretativa dei diritti e dei principi (sociali) fondamentali dell’Unione europea da parte della Corte di Giustizia.

Nel delinearne i contenuti come se la Carta debba possedere la piena forza giuridica di un autentico *Bill of Rights* comunitario, la Convenzione – come è stato efficacemente detto – ha consegnato un testo di rilevanza “paracostituzionale”⁴⁷¹, capace immediatamente di “autointegrarsi” in via interpretativa nei trattati⁴⁷². Un tale effetto – capace in qualche modo di trascendere i limiti dello strumento di *soft law*, che sono tecnicamente imputabili alla Carta come documento giuridico⁴⁷³ – discende dalla sua portata di atto di agnizione dei diritti e dei valori che l’Unione europea assume come proprio indispensabile fondamento di legittimità democratica.

Pur nella (attuale) assenza di richiami da parte dell’art. 6 del TUE, la Carta di Nizza si pone, perciò, sin da ora come ineludibile “documento di riferimento costituzionale dell’Unione europea”⁴⁷⁴. Nella sua valenza ricognitivo-specificativa delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri o, ancora, dei diritti e dei valori fondamentali cui questi sono vincolati in forza delle fonti internazionali cui partecipano (a cominciare dalla Convenzione di Roma del 1950), la Carta si offre già ora all’interpretazione della Corte di Giustizia ex artt. 6.2 e 46 del TUE⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Vedi per tutti G. DE BÚRCA, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *ELR*, 2001, pp. 126 ss., sul punto p. 128.

⁴⁷¹ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione*, cit., p. 31.

⁴⁷² In tal senso, A. MANZELLA, *Dal mercato*, cit., p. 38.

⁴⁷³ Vedi D. CURTIN, R. VAN OOIK, *The Sting Is Always in the Tail: The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *MJ*, 2001, pp. 102 ss., specialmente pp. 110-111.

⁴⁷⁴ A. MANZELLA, *Dal mercato*, cit., p. 36; nel medesimo senso, S. RODOTÀ, *La Carta*, cit., p. 61.

⁴⁷⁵ Vedi COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, COM(2000) 644 def., dell’11 ottobre 2000. In dottrina, sia pure con accenti diversi, esprimono convergenti valutazioni sul carattere per tal via sostanzialmente vincolante della Carta, anche: M. WATHELET, *La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *CDE*, 2000, nn.5-6, pp. 585 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, in *RDUE*, 2000, n. 3, pp. 499 ss.; K. LENAERTS, E. E. DE SMIJTER, *A “Bill of Rights”*, cit., pp. 298-299 (ove si qualifica la Carta come “a legally enforceable text”); B. DE WITTE, *The Legal Status*, cit., p. 84; A. MENÉNDEZ, *Chartering Europe*, *Arena Working Papers*, WP n. 13/2001 (il quale parla di “law in force”). In senso contrario, vedi, peraltro, U. DE SIERVO, *L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea*, in *DP*, 2001, pp. 33 ss., specialmente p. 45 ss.

Non sorprende, perciò, che la Carta abbia già in tal senso cominciato "a spiegare da subito qualche effetto vincolante"⁴⁷⁶. Nella recente causa *BECTU c. Secretary of State for Trade and Industry*⁴⁷⁷, l'Avvocato generale Tizzano ha ricercato nella Carta da poco proclamata a Nizza la conferma piena del carattere di diritto *sociale* fondamentale del diritto alle ferie annuali retribuite. La prova risolutiva del riconoscimento – da parte dell'ordinamento giuridico comunitario – di un tale diritto è colta dall'Avvocato generale nell'art. 31.2 della Carta, sul presupposto che questa si qualifichi, rispetto ad altre dichiarazioni di diritti, proprio quale forma di solenne e specifica codificazione – pur (per ora) sprovvista di effetto normativo diretto – dei principi posti a base dell'ordinamento sovranazionale.

Nel pronunciare in senso sostanzialmente conforme alle conclusioni dell'Avvocato generale, affermando in particolare che la tutela del diritto alla salute dei lavoratori non può essere subordinata a mere considerazioni di natura economica, la Corte di Giustizia ha ommesso un esplicito riferimento alla Carta. Ciò non elide, tuttavia, la forza di ispirazione che – in questo come in altri casi – la Carta di Nizza ha potuto e può senz'altro sprigionare nell'indirizzare e agevolare la Corte nel delicato compito di estrazione, dai principi generali del diritto comunitario, dei diritti fondamentali cui questo garantisce protezione.

Appare del resto particolarmente significativo che l'esordio sulla scena interpretativa della Carta di Nizza sia avvenuto proprio sul terreno dei diritti sociali fondamentali. Si tratta di un segno tangibile delle potenzialità di vigoroso "ribilanciamento" offerte in tale direzione dalla Carta⁴⁷⁸. Potenzialità che sembrano destinate a rafforzarsi in modo naturale e progressivo se – come preannunciato dalla Commissione – la Carta comincerà a divenire punto di riferimento esplicito e costante delle azioni intraprese e, soprattutto, delle misure normative adottate dalle istituzioni comunitarie che l'hanno solennemente proclamata.

Rimane nondimeno evidente come il pieno dispiegamento di siffatte potenzialità presupponga e richieda la formale incorporazione della Carta nei trattati⁴⁷⁹, con tutte le conseguenze che a quel punto potranno derivare dalla compiuta

⁴⁷⁶ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione*, cit., p. 24.

⁴⁷⁷ Causa C-173/99, a quanto consta non ancora pubblicata.

⁴⁷⁸ Cfr. S. SCIARRA, *Market Freedom*, cit., specialmente al par. 2.

⁴⁷⁹ In quest'ottica, come da più parti e da tempo auspicato, appare anche necessario procedere alla rimozione della vistosa incoerenza rappresentata dalla persistente esclusione – dalla sfera delle competenze comunitarie – delle materie della retribuzione, del diritto di organizzazione sindacale e dei diritti di sciopero e serrata, tutte coperte – come è ovvio – dalla Carta.

costituzionalizzazione (anche) dei diritti (sociali) fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario.

15.- L'esigenza della delineazione di una autonoma base di azione della Comunità in materia di politica sociale si manifesta parallelamente alla *impasse* sofferta dal modello recepito dal Trattato di Roma⁴⁸⁰ e si fa anch'essa più acuta man mano che si allarga lo iato rispetto ai progressi realizzati dalla integrazione del mercato comune.

Quella esigenza viene resa più acuta dall'entrata in vigore dell'AUE. Nell'introdurre la regola della maggioranza qualificata per le (sole) "misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno" (ex art. 100A, oggi 95, del TCE), questo aveva infatti accentuato la "minorità" della dimensione sociale dell'integrazione europea nello stesso momento in cui l'accresciuta dinamica del processo concorrenziale transnazionale poteva per la prima volta lambire direttamente i già protetti territori dei diritti del lavoro nazionali⁴⁸¹.

Letto insieme al secondo paragrafo dell'art. 100A del Trattato⁴⁸², l'art. 118A svelava presto, ad uno sguardo appena disincantato, l'effetto di "illusione ottica"⁴⁸³ prodotto dall'estensione della procedura decisionale a maggioranza qualificata alle (sole) misure volte a migliorare l'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori. Per quanto interpretata estensivamente dalla Commissione col sostanziale avallo della Corte di Giustizia⁴⁸⁴, tale disposizione non consentiva, infatti, di espandere surrettiziamente la regola della maggioranza qualificata all'intero insieme delle condizioni (normative) di lavoro, come pure da taluni prospettato proprio al fine di raggiungere l'agognato traguardo della equiestensione delle basi comunitarie di azione in materia di integrazione mercantile e sociale.

Il Trattato di Maastricht approfondisce – come già rimarcato – l'asimmetria tra le suddette dimensioni dell'integrazione europea.

⁴⁸⁰ Vedi *retro*, al par. 7.

⁴⁸¹ Sull'argomento, vedi anche *infra*, al par. 3 della seconda parte di questo studio.

⁴⁸² Giusta il quale, come noto, la regola (solo formalmente derogatoria rispetto all'art. 100) della maggioranza qualificata, introdotta dal primo paragrafo della medesima disposizione, non avrebbe trovato applicazione, oltre che alle disposizioni fiscali, "a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti".

⁴⁸³ S. SCIARRA, *European Social Policies and Labour Law – Challenges and Perspectives*, in CCAEL, 1995, vol. IV, 1, pp. 301 ss., qui p. 317.

⁴⁸⁴ Vedi in particolare Corte di Giustizia CE, causa 84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5755.

L'APS – che il veto della Gran Bretagna relega a base normativa vincolante solo undici degli allora dodici Stati membri – aggiunge uno specifico e del tutto inedito fattore di asimmetria, o forse meglio di distorsione, in tale ambito. La differenziazione che esso istituzionalizza risponde infatti a un'idea di Europa *à la carte* nella quale lo spazio giuridico di un mercato tendenzialmente deregolato (o meglio regolato in modo leggero a livello sovranazionale e eterocorretto solo a livello nazionale) costituisce l'unico elemento comune e unificante tra gli Stati membri. Ad esso può sommarsi, ma come fattore sostanzialmente estrinseco, un minimo di politica sociale vincolante solo gli Stati membri che – accettando il rischio di perdite di competitività relativa rispetto al sistema-paese che se n'è affrancato – siano disposti a coltivare anche tale secondaria e puramente eventuale dimensione dell'integrazione comunitaria. Tale elemento di asimmetria – che in certo senso realizza il completo rovesciamento delle originarie assunzioni del Trattato di Roma circa ruolo e funzioni della politica sociale nel mercato comune⁴⁸⁵ – oscura, o quantomeno appanna, i pur importanti profili di novità sostanziale contenuti nell'APS.

In tale quadro, l'incorporazione – col Trattato di Amsterdam – delle disposizioni dell'APS nel testo dei nuovi articoli 136 e seguenti del TCE ricompone la frattura derivante dall'*opting out* del Regno Unito ed elimina i rischi di *regime shopping* (e quindi di armonizzazione attraverso il mercato) da esso potenzialmente innescati a vantaggio di quel paese, immettendo nell'*acquis* sociale comunitario le innovazioni già accettate dagli altri Stati membri.

Tra queste – oltre al significativo allargamento della sfera di incidenza della maggioranza qualificata – si segnala soprattutto il ruolo quasi legislativo assunto dalle parti sociali europee attraverso la possibilità di recepire in una decisione del Consiglio, su proposta della Commissione, gli accordi da queste raggiunti nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 137 del TCE.

⁴⁸⁵ Così concepita, la politica sociale perde il suo ruolo di regolazione della concorrenza nel mercato comune in funzione della preservazione dei livelli di protezione garantiti dai sistemi sociali nazionali: la sua implementazione sulla scorta della nuova base offerta dall'APS rischia, infatti, di penalizzare la posizione competitiva degli Stati membri coinvolti, autorizzando il *free riding* del Regno Unito. Nello stesso tempo, essa perde il ruolo unificante (e uniformante) attribuitole dai padri fondatori, accettando l'idea dell'armonizzazione differenziata. Il problema è che nel Trattato di Maastricht la strategia della differenziazione e della geometria variabile, svincolata com'è da qualsivoglia rafforzamento del rilievo dei valori e dei diritti sociali nella costituzione economica europea, non poggia su una comune base di principi fondamentali che sappia fissarne i limiti invalicabili. Vedi ad es. LORD WEDDERBURN, *European Community Law*, cit., specialmente pp. 258 ss.; A. LO FARO, *Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche, limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, in *DRI*, 1993, pp. 125 ss., specialmente pp. 137 ss.

All'ombra dell'APS, era in effetti potuta maturare, nel corso degli anni Novanta, una nuova generazione di legislazione sociale comunitaria, molto lontana, per approccio metodologico e contenuti, da quella che aveva segnato gli esordi della politica sociale europea. Il Trattato di Amsterdam – seguito in termini ancor più espliciti da quello di Nizza – compie un passo decisivo nella direzione del consolidamento e del rafforzamento di tale nuovo corso della politica sociale comunitaria.

Appare invero immediatamente percepibile, soprattutto nella riformulazione dell'art. 137 del TCE risultante dalla novellazione di Nizza⁴⁸⁶, l'abbandono del modello dell'armonizzazione rigida e verso l'alto, avuto in mente dai padri fondatori, in favore del recepimento istituzionale di quel modello di armonizzazione riflessiva e flessibile⁴⁸⁷, i cui contorni avevano già potuto gradualmente delinearsi nel corso degli anni Novanta sulla base dell'APS.

Nel nuovo testo dell'art. 137 viene anche topograficamente data priorità alle tecniche di intervento destinate a incoraggiare in modo "leggero" la cooperazione tra gli Stati membri attraverso lo sviluppo degli scambi di informazioni e di migliori prassi, la diffusione di approcci innovativi ed il *benchmarking* delle esperienze realizzate, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali. Generalizzando all'intera politica sociale la previsione già in tal senso formulata dal Trattato di Amsterdam in tema di integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro e di lotta all'emarginazione sociale⁴⁸⁸, il nuovo testo dell'art. 137 stabilisce così una sorta di ponte ideale col sistema del coordinamento aperto delle politiche del lavoro di cui al precedente Titolo VIII del TCE, esplicitando la fondamentale affinità di metodi e principi ispiratori tra i due (formalmente autonomi) blocchi normativi.

⁴⁸⁶ È appena il caso di ricordare che, nella sua nuova formulazione, l'art. 137 del Trattato non è ancora in vigore. È qui opportuno rammentare pure che, quando il Trattato di Nizza sarà stato ratificato, in base al nuovo art. 137 il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, potrà decidere di rendere applicabile la procedura di cui all'art. 251 (e, quindi, la maggioranza qualificata) anche ai settori della protezione dei lavoratori in casi di risoluzione del contratto, della rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori, e delle condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità. La facoltà di estensione della regola della maggioranza qualificata resta, invece, preclusa in materia di sicurezza e protezione sociale dei lavoratori, dove il requisito dell'unanimità è stato discutibilmente preservato anche in relazione alle disposizioni sul coordinamento dei regimi nazionali *ex art. 42 del TCE*.

⁴⁸⁷ Cfr. soprattutto S. DEAKIN, *Two Types of Regulatory Competition*, cit., pp. 241 ss., a cui si deve l'uso dell'efficace espressione "*reflexive harmonisation*".

⁴⁸⁸ Cfr. ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 233-234.

È percepibile la volontà di rendere trasparente quel rapporto di complementarità tra le nuove funzioni assegnate alla politica sociale comune e la strategia del coordinamento sovranazionale delle politiche occupazionali nazionali, già in qualche modo sperimentato sul campo (ad esempio, nella regolazione del *part-time*)⁴⁸⁹, ed ora emergente in termini programmatici anche dalla Agenda sociale europea approvata a Nizza.

Nel testo novellato dell'art. 137.2 del TCE, la possibilità di adottare, "mediante direttive, prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro" (lett. b), appare perciò in certo senso "postergata", in omaggio al principio di proporzionalità, rispetto all'opzione - appunto contemplata dalla lettera a - dell'incoraggiamento della cooperazione volontaria tra gli Stati membri. Essa viene peraltro sintomaticamente esclusa, oltre che, come in precedenza, in materia di lotta contro l'esclusione sociale, anche per la "modernizzazione dei regimi di protezione sociale". Si tratta dei due settori della politica sociale europea di più di recente emersione e, non a caso, anche di più recente acquisizione al dominio (che nella specie risulta tendenzialmente esclusivo) del coordinamento aperto⁴⁹⁰.

Immanente al modello d'intervento normativo iscritto nella lettera b dell'art. 137 risulta, in ogni caso, l'idea, affermata nel corso degli anni Novanta anche come riflesso del principio di sussidiarietà, che l'armonizzazione dei diritti del lavoro nazionali debba essere ormai pensata "come un processo di differenziazione, anziché come un processo di uniformazione"⁴⁹¹. L'armonizzazione "riflessiva" si allontana radicalmente dal prototipo

⁴⁸⁹ Cfr. S. GIUBBONI, S. SCIARRA, *Introduzione*, in *DLRI*, n. 4/2000, *La regolamentazione del part-time in Europa*, pp. 547 ss., sul punto p. 555.

⁴⁹⁰ Vedi meglio *infra*, al par. successivo. È da osservare come la sottrazione alla possibilità di adottate direttive "minime", applicabili progressivamente, non riguardi la materia della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori, che viene quindi formalmente mantenuta nel novero di quelle in cui l'armonizzazione è ammissibile, sia pure sempre e solo all'unanimità. In realtà, tenuto conto anche della puntualizzazione contenuta nel par. 4 (del nuovo testo) dell'art. 137 - e cioè della riaffermazione del principio della libertà degli Stati membri di definire i loro sistemi di sicurezza sociale, in special modo per quanto attiene alla materia del finanziamento e, quindi, dell'assicurazione dell'equilibrio finanziario dei medesimi - è evidente come, in tal caso, l'opzione dell'armonizzazione, sia pure riflessiva, flessibile e per principi generalissimi, rimanga sostanzialmente esclusa (vedi S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria*, cit., pp. 112-113, specie alla nota 211). In ciò, la sicurezza e la protezione sociale dei lavoratori si avvicinano non poco alle materie (della retribuzione, del diritto di associazione, e dei diritti di sciopero e di serrata) *tout court* escluse dalla competenza concorrente di politica sociale comunitaria; cfr. T. TREU, *Diritti sociali europei*, cit., p. 442.

⁴⁹¹ Così già M. D'ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *LD*, 1992, pp. 49 ss., qui p. 58 (ora anche in *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sull'evoluzione del diritto del lavoro*, cit., pp. 309 ss.).

dell'armonizzazione "costruttivista" avuto in mente alle origini⁴⁹², proprio perché, anziché proporsi di uniformare i sistemi nazionali esemplandoli sul modello ritenuto funzionalmente migliore, intende aprire spazi di autonomia e di differenziazione, evitando al contempo – sulla base dell'accettazione di comuni principi e valori di fondo – forme di concorrenza deregolativa verso il basso.

Pur lasciando ampi spazi al confronto e quindi alla competizione tra diversi regimi nazionali, l'armonizzazione riflessiva, che opera in ciò in maniera non diversa dal meccanismo del coordinamento aperto delle politiche occupazionali e sociali, mira, infatti, a impedire – grazie alla fissazione di comuni principi generali – forme non cooperative di dannosa concorrenza regolativa verso il basso tra i sistemi⁴⁹³.

L'idea, pertanto, non è più quella secondo cui l'armonizzazione deve porre "una fine alla competizione regolativa in quanto tale", quanto piuttosto quella secondo cui essa deve "preservare uno spazio alla sperimentazione e all'adattamento a livello locale", pur respingendo "l'agenda deregolativa dell'armonizzazione negativa"⁴⁹⁴ guidata dal mercato.

È questo, in effetti, il *Leitmotiv* che accomuna, pur nella diversità dei settori di intervento ed anche della concreta ispirazione dei contenuti normativi, le direttive della nuova generazione e, tra queste, in special modo quelle prodotte dal dialogo sociale europeo.

Un esempio particolarmente illustrativo è offerto dalle direttive sul lavoro a tempo parziale e a termine⁴⁹⁵. Frutti qualificati del dialogo sociale europeo, esse recepiscono accordi quadro ispirati a una logica di grande autonomia dei sistemi nazionali, pur dettando principi fondamentali capaci di arricchire il patrimonio di diritti e di garanzie offerte ai lavoratori "atipici".

Il ricorso alla facoltà di optare per strumenti e forme d'implementazione assai diversi, declinati in relazione alla specificità dei contesti nazionali, è molto frequente, mentre paiono ormai sempre più sintomaticamente assenti disposizioni capaci di esplicitare i tradizionali effetti diretti verticali cui le "grandi direttive" degli anni Settanta ci avevano abituati.

⁴⁹² Vedi *retro*, par. 6.

⁴⁹³ C. BARNARD e S. DEAKIN, *In Search of Coherence*, cit., p. 134, rilevano come, fissando, pur in maniera flessibile, *standard* minimi in funzione della costruzione di un "pavimento di diritti" che gli Stati membri sono di regola autorizzati a derogare solo *in melius*, le direttive in questione possano incoraggiare implicitamente forme di "*race to the top*". La fissazione di un tale "*floor of rights*" non coincide in quanto tale con la individuazione di un minimo comune denominatore, ma implica piuttosto l'idea di un livello di tutela inderogabile al di sopra del quale gli Stati membri sono liberi di attestarsi.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ Si tratta, rispettivamente, delle direttive n. 97/81/CE e n. 99/70/CE.

La direttiva sui Comitati aziendali europei offre d'altro canto l'esempio di un intervento volto piuttosto a coordinare che ad armonizzare i sistemi nazionali⁴⁹⁶, secondo una linea sviluppata – sia pure con tecniche, modalità e fini diversi – anche da altri più recenti interventi normativi comunitari⁴⁹⁷.

È innegabile che questo modello di armonizzazione flessibile e leggera, in cui la forma tradizionale dell'*hard law* si affievolisce e alleggerisce nei contenuti precettivi per lasciare spazio alla differenziazione, non sia immune da limiti e rischi, primo fra tutti quello di esercitare un'influenza troppo debole o evanescente, addirittura concretamente inverificabile, nei sistemi nazionali. La direttiva finisce spesso per assomigliare – nei suoi concreti contenuti, anche se non nella forma, comunque vincolante *ex art.* 249 del TCE – a una flebile raccomandazione di principio, incapace di astringere effettivamente lo Stato membro all'assolvimento di obblighi eccessivamente aperti e indeterminati. È esattamente per tale motivo che appare sempre più necessario ancorare la politica sociale europea a un nucleo di principi fondamentali ben saldo e protetto al massimo livello di efficacia dall'ordinamento comunitario. Come lucidamente avvertito da Massimo D'Antona all'indomani della firma del Trattato di Maastricht, "nessun ordinamento che voglia restare unitario può affrontare processi di decentramento e di differenziazione, senza fissare la tavola dei valori centrali, o se si preferisce dei diritti e dei principi fondamentali, come tali sottratti alla differenziazione"⁴⁹⁸.

La strategia volta a realizzare una compiuta costituzionalizzazione di diritti e principi sociali fondamentali dell'Unione europea resta, pertanto, il necessario complemento, o se si vuole l'indispensabile presupposto normativo, di una politica sociale comunitaria che, in ossequio alle esigenze della sussidiarietà, si incammina sempre di più sulla strada dell'armonizzazione riflessiva e del coordinamento aperto dei sistemi nazionali. Soltanto il forte radicamento in comuni principi fondamentali sembra, infatti, poter garantire, in quest'ambito forse più che in altri, la necessaria "unità nella

⁴⁹⁶ Cfr., sia pure in senso parzialmente critico, W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *SM*, 2000, pp. 3 ss., specialmente p. 11.

⁴⁹⁷ Alla tecnica del coordinamento dei regimi nazionali si rifà, sulla scorta del regolamento n. 1408/71 ma con opportune correzioni, la direttiva n. 98/49/CE, relativa alla portabilità dei diritti a pensione complementare dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione, mentre in una analoga logica di "sincronizzazione" dei sistemi nazionali si muove la già ricordata direttiva n. 96/71/CE. Vedi, rispettivamente, S. GIUBBONI, *Previdenza complementare e mercato unico. Cenni al quadro normativo comunitario*, in *IS*, 1998, n. 4, pp. 11 ss., e E. KOLEHMAINEN, *The Directive Concerning the Posting of Workers*, cit.

⁴⁹⁸ M. D'ANTONA, *Mercato unico*, cit., p. 59.

diversità"⁴⁹⁹, ponendosi come "il necessario contrappeso alla crescente decentralizzazione"⁵⁰⁰ e alla sempre maggiore differenziazione interna delle politiche sociali, quali richieste dal doveroso rispetto delle diverse identità nazionali.

16.- La procedura di coordinamento aperto delle politiche nazionali del lavoro, disciplinata dal nuovo Titolo VIII del TCE e applicata sin da prima della sua formale entrata in vigore su impulso del vertice straordinario sull'occupazione di Lussemburgo del novembre 1997⁵⁰¹, rappresenta forse l'innovazione istituzionale più significativa e originale del Trattato di Amsterdam. Fortemente voluta ad Amsterdam dalla neoeletta delegazione francese, per riequilibrare il Patto di Stabilità negoziato a Dublino, temperandone il rigore a suo tempo preteso dalla *Bundesbank*, in essa è chiaramente avvertibile l'influsso culturale dell'esperienza dei paesi scandinavi – alla loro prima conferenza intergovernativa –, come pure una certa affinità ideale col nuovo corso laburista dell'Inghilterra blairiana⁵⁰². L'efficacia del metodo del coordinamento aperto si deve proprio a questa sua intrinseca duttilità ed alla sua apparentemente ambigua capacità di riflettere e di far convivere istanze ideologiche e di *policy* che, per quanto accomunate dall'intenzione di riportare il tema dell'occupazione al centro dell'agenda politica europea, rimangono tra loro sensibilmente diverse.

Anche il capitolo sull'occupazione risponde – in prima battuta – a quella stessa esigenza di rilegittimazione politica e simbolica della Comunità cui sono parimenti funzionali le già ricordate affermazioni programmatiche sull'"attaccamento" degli Stati membri e delle istituzioni sovranazionali ai diritti sociali fondamentali dei lavoratori introdotte dal Trattato di Amsterdam.

La promozione della creazione di elevati livelli di occupazione ad obiettivo generale e primario della Comunità (art. 2 del TCE), avviene col preciso scopo di riequilibrare i principi ispiratori della

⁴⁹⁹ Come suona lo *slogan* coniato per esprimere il senso del corrente corso europeo; vedi N. FONTAINE, *Speech Following the Presentation of the Motto for Europe: "Europe: Unity in Diversity"*, del 4 maggio 2000 (in <http://europarl.eu.int/president/speeches/en/sp0034.htm>).

⁵⁰⁰ B. HEPPLÉ, *Towards a European Social Constitution*, cit., p. 298. Nello stesso senso, vedi già A. LO FARO, *Maastricht ed oltre*, cit., pp. 133-135, nonché, più recentemente, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 38, e C. BARNARD, S. DEAKIN, *In Search of Coherence*, cit., p. 137.

⁵⁰¹ Per un riepilogo della vicenda, si veda J. GOETSCHY, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, in *EJIR*, 1999, n. 2, pp. 117 ss.

⁵⁰² Vedi M. A. POLLACK, *A Blairite Treaty. Neo-Liberalism and Regulated Capitalism in the Treaty of Amsterdam*, in K. NEUNREITHER, A. WIENER (a cura di), *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford, 2000, pp. 266 ss.

costituzione economica comunitaria⁵⁰³, pur senza mettere in discussione la primazia degli obiettivi di stabilità monetaria e di permanente rigore macroeconomico, quali confermati (ed anzi corroborati) dal Patto di stabilità e crescita.

Il nuovo sistema di coordinamento sovranazionale crea le premesse per una riduzione del “gap istituzionale”⁵⁰⁴ tra obiettivi monetari e obiettivi occupazionali della Comunità. I secondi rimangono comunque subordinati ai primi, nella convinzione che non esista più, salvo forse che nell’illusoria e caduca contingenza del breve periodo, alcun *trade off* tra inflazione e disoccupazione⁵⁰⁵.

“In nessun modo la formulazione della politica sociale e dell’impiego europea potrebbe porsi come alternativa alle politiche economiche e monetarie”⁵⁰⁶: essa deve ovviamente mantenersi “coerente” (artt. 126.1 e 128.1 del TCE) con queste ultime, e contribuire insieme a queste a plasmare un quadro favorevole alla crescita.

È nondimeno evidente come l’affermazione dell’obiettivo dell’elevato livello di occupazione – accompagnandosi alla previsione di un’innovativa strumentazione politico-istituzionale – tenda a produrre l’effetto di ristabilire un assetto di coerenze *reciproche* tra le macropolitiche dell’Unione europea. In tal senso, può ben dirsi che l’art. 125 del TCE contiene “una norma d’azione trasversale o reticolare, per cui dell’obiettivo di elevato livello di occupazione dev’essere tenuto conto nella definizione delle politiche comunitarie”⁵⁰⁷.

Il graduale sviluppo – a partire dal vertice di Cardiff del 1998 – di un dialogo macroeconomico che assuma come prioritario l’obiettivo della creazione di un’occupazione elevata e di qualità, coordinandolo con quelli del mantenimento di finanze pubbliche sane e sostenibili, si raccorda strettamente con la più generale questione del rafforzamento delle istituzioni e dei luoghi di governo economico dell’Unione a fronte del potere attribuito dal Trattato alla BCE.

Le differenze di spessore e di peso fra i poteri coinvolti nei diversi “poli” restano, comunque, evidenti, come debole rimane – pur in un quadro che si mostra sempre più favorevole ad attenuare, quantomeno in via “interpretativa”, la rigidità del Patto di

⁵⁰³ Cfr. M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., specialmente p. 128.

⁵⁰⁴ F. SNYDER, *EMU Revisited*, cit., p. 75.

⁵⁰⁵ Vedi COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *One Market One Money. An Evaluation of the Potential Benefits and Costs of Forming an Economic and Monetary Union*, Rapporto a cura di M. Emerson, D. Gros, A. Italianer, J. Pisani-Ferry, H. Reichenbach, Oxford, 1992, pp. 22 ss.

⁵⁰⁶ T. TREU, *The Role of a European Social Policy*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law*, cit., pp. 439 ss., qui p. 456.

⁵⁰⁷ A. PREDIERI, *Euro*, cit., p. 399.

stabilità⁵⁰⁸ – la dimensione macroeconomica delle politiche dell'occupazione⁵⁰⁹.

Nelle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona è stata giustamente scorta la riemersione di un linguaggio e di un approccio di segno neo-keynesiano, visibile soprattutto “nel recupero di una visione positiva del rapporto fra crescita economica e occupazione, che porta a porre nuovamente la piena occupazione ed il superamento dei divari regionali come traguardi realistici”⁵¹⁰. L'ispessimento del raccordo tra politiche economiche e politiche dell'occupazione – con la progressiva emersione di parametri quantitativi anche per la definizione degli obiettivi di fondo di queste ultime⁵¹¹ – segnala certamente il positivo superamento di impostazioni di impronta rigidamente monetarista e liberista, in cui la politica del lavoro tende a risolversi in deregolazione e smantellamento delle tutele⁵¹².

La più recente estensione del metodo del coordinamento aperto al settore della lotta contro l'esclusione sociale, sebbene essenzialmente ispirata all'idea che il primo strumento di contrasto dell'emarginazione sia l'inclusione nel mercato del lavoro attraverso politiche attive, è destinata a porre al centro dell'attenzione comunitaria anche la più tradizionale questione della redistribuzione delle risorse economiche in favore dei soggetti esclusi⁵¹³.

⁵⁰⁸ Vedi M. J. ARTIS, M. BUTI, “Close-to-Balance or in Surplus”: A Policy-Maker's Guide to the Implementation of the Stability and Growth Pact, in *JCMS*, 2000, pp. 563 ss, specialmente p. 564. Il più significativo segnale nella direzione dell'attenuazione per via interpretativa della rigidità del Patto di stabilità viene dalla recente decisione dell'ECOFIN di attribuire, a decorrere dal 2003, una maggiore importanza al deficit strutturale, rispetto a quello nominale, ai fini della valutazione del rispetto dei relativi parametri. Più difficili, o senz'altro improbabili, appaiono, invece, le chances d'attuazione d'una modifica esplicita e formale delle restrizioni e dei vincoli macroeconomici posti dal Patto, nonostante le pressioni da varie parti esercitate in questo senso con intensità crescente negli ultimi tempi.

⁵⁰⁹ Lo sottolineano S. DEAKIN, H. REED, *The Contested Meaning of Labour Market Flexibility: Economic Theory and the Discourse of European Integration*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law*, cit., pp. 71 ss., specialmente p. 99.

⁵¹⁰ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 144, che si spinge a parlare delle conclusioni del vertice come di “una sorta di manifesto neo-keynesiano”.

⁵¹¹ Cfr. ISAE, *Rapporto*, p. 214.

⁵¹² L'obiettivo del rafforzamento dell'interazione organica tra le macropolitiche dell'Unione e degli Stati membri, in particolare mediante la convocazione di una speciale sessione annuale del Consiglio europeo dedicata ai problemi economici e sociali, è esplicitato anche nell'Agenda sociale europea approvata nel dicembre 2000 a Nizza. Nel Consiglio europeo di Stoccolma del 23 e 24 marzo 2001 si è svolta la prima riunione annuale di primavera sui temi socio-economici; si veda, per qualche considerazione critica sulle sue conclusioni, ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 251 ss.

⁵¹³ Non è un caso che la nuova Agenda sociale europea, nell'ambito degli orientamenti per la lotta contro l'esclusione, collochi al centro il tema delle

Nei "pilastri" e nelle "linee-guida" (ri)elaborati annualmente dal Consiglio nell'ambito del coordinamento aperto delle politiche occupazionali degli Stati membri, l'accento ricade comunque principalmente sulle misure dal lato dell'offerta⁵¹⁴, anche se appare sempre più evidente lo sforzo di ricondurre la modernizzazione strutturale dei mercati del lavoro e dei collegati sistemi di protezione sociale ad un punto di equilibrio tra flessibilità e sicurezza, efficienza e solidarietà.

Nel quadro della procedura di coordinamento sovranazionale e di sorveglianza multilaterale in ordine all'implementazione degli indirizzi di massima sulle politiche dell'impiego, il livello di governo comunitario si assegna così un ruolo principalmente "propulsivo" e "abilitativo"⁵¹⁵, di stimolo attivo alle riforme strutturali dei mercati del lavoro e dei collegati sistemi di protezione sociale nazionali, senza però caricarsi di ulteriori diretti impegni regolativi.

La Comunità si propone come foro per la discussione e la diffusione degli approcci più innovativi contro la disoccupazione, attraverso la disseminazione delle informazioni sulle *best practices* nazionali e la promozione e valutazione "comparativa" delle migliori esperienze.

La Commissione, coadiuvata assieme al Consiglio dal nuovo Comitato per l'occupazione (art. 130, TCE), consolidata la sua vocazione a quel ruolo istituzionale di "*catalyst for change*"⁵¹⁶, cui si è sempre più insistentemente ispirata e indirizzata nel corso degli anni Novanta nel campo delle politiche sociali e del lavoro⁵¹⁷.

garanzie minime di risorse che devono essere fornite dai regimi nazionali di protezione sociale. Nei piani d'azione biennali relativi alla lotta contro la povertà e l'esclusione sociale, gli Stati membri dovranno anche dar conto del grado di attuazione della raccomandazione del 1992 sulle risorse sufficienti. È evidente – anche alla luce delle già segnalate previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (vedi *retro*, par. 14) – la riscoperta di una dimensione precipuamente redistributiva delle funzioni solidaristiche svolte dai regimi nazionali di protezione sociale.

⁵¹⁴ Vedi, in senso critico, tra gli altri, S. DEAKIN, H. REED, *The Contested Meaning*, cit., pp. 88 e 90-92, nonché D. ASHAGBOR, *EMU*, cit., pp. 322 ss. K. DYSON, *EMU*, cit., pp. 658-659, estende l'osservazione all'insieme delle politiche economiche ricomprese nel raggio (sempre più comprensivo) degli indirizzi di massima del Consiglio, evidenziando come esse tendano a essere concepite prevalentemente in termini di adattamento strutturale dei mercati al quadro di vincoli "dato" dal Patto di stabilità e di crescita.

⁵¹⁵ Di "*enabling role*" delle istituzioni comunitarie parla J. KENNER, *The EC Employment Title and the "Third Way": Making Soft Law Work?*, in *IJLLIR*, 1999, vol. 15, n. 1, pp. 33 ss., specialmente p. 35.

⁵¹⁶ Vedi ad es. S. MILNER, *Training Policy. Steering between Divergent National Logics*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market*, cit., p. 156.

⁵¹⁷ Si pensi in special modo al Libro bianco del 1993 su *Crescita, competitività e occupazione*, ed ai due libri (rispettivamente verde e bianco) sulla politica sociale europea (dello stesso anno e del 1994), nei quali – come ha significativamente

Gli orientamenti per le politiche dell'occupazione annualmente elaborati dal Consiglio costituiscono una nuova, sofisticata e molto persuasiva forma di *soft law*, che lascia al contempo integre le primarie competenze regolative degli Stati membri, nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 127.1, TCE).

Viene esclusa qualunque forma di armonizzazione da e verso l'alto *via hard law*: il coordinamento implica una cooperazione per definizione orizzontale ed a-gerarchica tra gli Stati membri, secondo un modello che è stato persuasivamente definito di "*co-ordinative governance by non-hierarchical means*"⁵¹⁸. Pur esposti al rilevante rischio della sanzione politica rappresentata dall'eventuale raccomandazione individuale ex art. 128.4 del TCE, gli Stati membri non sono immediatamente vincolati (o, meglio, obbligati) all'osservanza delle *guidelines* elaborate dal Consiglio⁵¹⁹.

Il carattere iterativo del procedimento – che si rinnova "circolarmente" di anno in anno⁵²⁰ – rafforza tuttavia la capacità di penetrazione degli orientamenti comunitari nelle prassi politiche nazionali. Il metodo partecipativo e circolare d'elaborazione delle linee-guida incrementa progressivamente la capacità delle stesse di esercitare una concreta influenza sulle scelte volontarie degli Stati membri, proprio nella misura in cui rende sempre più evidente il carattere autonomo dell'opzione assunta dai medesimi pur in un quadro condiviso e comune⁵²¹.

La metafora del "plasma", proposta da Predieri⁵²² con riferimento a quei prodotti della *soft law* comunitaria che, pur non vincolanti in termini strettamente formali, acquistano una rilevanza politica

ricordato l'allora commissario europeo per gli affari sociali, Pádraig Flynn – la Commissione si è fondamentalmente proposta nella funzione di "*clearing house for information and catalyst for action*" (così in L. HANTRAIS, *Social Policy in the European Union*, London, 1995, p. 207, da cui traggio la citazione).

⁵¹⁸ G. THOMPSON, *Governing the European Economy*, cit., p. 14.

⁵¹⁹ Cfr. M. BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *DRI*, 1998, pp. 437 ss., che critica le tentazioni "egemoniche" in qualche misura dimostrate nella prima prassi applicativa dalla Commissione, le quali non si allineano allo spirito (e alla lettera) delle previsioni del Trattato di Amsterdam, improntate alla edificazione di "un sistema di pressione fra pari (*peer pressure*) finalizzato al coordinamento delle politiche dell'occupazione degli Stati membri".

⁵²⁰ L'immagine è suggerita da S. SCIARRA, *Market Freedom*, cit., p. 20, che sottolinea come la struttura istituzionale flessibile del coordinamento disegni una "geometria circolare".

⁵²¹ Cfr. D. M. TRUBEK, J. S. MOSHER, *New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model*, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, n. 15/01.

⁵²² A. PREDIERI, *Euro*, pp. 365-366, che spiega come il "plasma" indichi in fisica "un diverso stato, un quarto stato di aggregazione della materia, distinto da quelli tradizionali (solido, liquido, gassoso)".

concreta sempre maggiore, sembra adattarsi particolarmente bene agli orientamenti per l'occupazione.

Come è stato detto, "l'impegno a confrontare e valutare le politiche nazionali cercando anche di diffondere informazioni in merito alle pratiche migliori e di promuovere approcci innovativi [...], crea le condizioni per arrivare a discutere insieme le cause dei problemi occupazionali e i loro aspetti strutturali, esplorando congiuntamente le opzioni politiche contro la disoccupazione a livello nazionale"⁵²³. Esso offre pertanto "opportunità di interazioni deliberative"⁵²⁴ tra tutti gli attori coinvolti, secondo forme che hanno giustamente richiamato l'immagine del dialogo o, meglio, di un "multi-language legal discourse"⁵²⁵, di "un sistema comunicativo aperto a sufficienza per includere simultaneamente le voci dei diversi dialoganti, e sufficientemente comprensibile per le orecchie di tutti coloro che ascoltano"⁵²⁶.

Non si tratta ovviamente di un dialogo o di un discorso soltanto tra differenti "istituzioni", tra i diversi livelli di governo (sovranazionale, nazionale, regionale, locale) del *multitiered system*. In esso è costantemente ricercato il coinvolgimento pieno e responsabile delle parti sociali, cui si richiede un apporto determinante alla agibilità di una qualunque strategia concertata di modernizzazione dei sistemi europei di protezione sociale⁵²⁷.

Nel contempo – ed è questo un aspetto altrettanto significativo –, il coordinamento e la sorveglianza multilaterale delle politiche nazionali del lavoro paiono riuscire, "per la prima volta, [a] fornire qualche garanzia contro la tentazione dei vari paesi di proteggere l'occupazione interna con politiche del tipo *beggar my neighbour* [...], competizione regolativa e riduzione delle tasse"⁵²⁸. Essi rappresentano, in certo modo, un'assicurazione contro le forme più deleterie di competizione regolativa⁵²⁹: contro eventuali corse

⁵²³ F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., p. 158.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ S. SCIARRA, *The Employment Title in the Amsterdam Treaty: A Multi-Language Legal Discourse*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 157.

⁵²⁶ *Ivi*, p. 160.

⁵²⁷ Vedi COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Una strategia concertata per modernizzare la protezione sociale*, COM (99) 347 def.

⁵²⁸ F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., p. 157.

⁵²⁹ In tal senso anche M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 94, la quale più avanti afferma che, optando per una comune strategia coordinata in materia di occupazione, "gli Stati membri hanno consapevolmente rinunciato all'opzione della competizione regolativa" (p. 164). Forse è più corretto dire che essi – pur non abdicando del tutto alla competizione regolativa (vedi anche *retro*, par. 11) – hanno voluto emarginarne le forme più deteriori, assicurandosi reciprocamente. L'idea della diffusione delle migliori prassi, ed il metodo del *benchmarking*, possono anzi in qualche modo spingere a forme di spontanea "emulazione regolativa" (vedi S. WOOLCOCK, *Competition*, cit., pp. 298 e 306).

verso la rimozione delle tutele e/o pratiche distorsive di *social devaluation*⁵³⁰.

Il coordinamento delle politiche occupazionali rappresenta, da tale punto di vista, una risposta cooperativa di fronte ai rischi di spirale deregolativa derivanti da forme di *regime competition* che non sappiano liberarsi dalle trappole egoistiche del dilemma del prigioniero⁵³¹.

Affinché lo sforzo – eminentemente procedurale – di coordinamento delle politiche regolative nazionali possa raggiungere tutti i suoi potenziali effetti virtuosi, è necessario che sia mantenuto un costante raccordo dialettico con i principi e i valori sociali sostanziali che risultano da ultimo enunciati dalla Carta europea dei diritti fondamentali.

Un collegamento in questo senso è chiaramente avvertibile nel progressivo affinamento dei contenuti del “pilastro” relativo allo sviluppo trasversale, o forse meglio globale, delle politiche di parità e pari opportunità di genere. Ma il suddetto raccordo dialettico va costantemente coltivato e approfondito in tutti i settori di incidenza degli orientamenti in materia di occupazione, al fine di dare sostanza all’idea di un’occupazione di qualità, che sappia effettivamente coniugare le esigenze della flessibilità coi valori fondamentali della sicurezza e della libertà della persona che lavora.

17.- “Le principali caratteristiche di quello che sarà il modello sociale dell’Europa unita – ha scritto recentemente Wolfgang Streeck – risultano essere oggi meno chiare di quanto lo fossero dieci o venti anni fa”⁵³².

I *Welfare State* del Vecchio Continente hanno varcato la soglia del ventunesimo secolo in uno stato di profonda incertezza⁵³³. A dispetto dei foschi presagi della loro crisi irreversibile e del loro inevitabile collasso, essi sono tutt’altro che agonizzanti e godono

⁵³⁰ Sottolinea tale aspetto anche J. KENNER, *The EC*, cit., p. 51.

⁵³¹ Anche il coordinamento delle politiche contrattuali e salariali da parte delle organizzazioni sindacali europee potrebbe simmetricamente rappresentare, con l’euro ormai moneta corrente, un’utile risposta cooperativa di fronte ai rischi di spirali deflazionistiche insiti in forme di concorrenza del tipo *beggar my neighbour*. Sui molti ostacoli che si frappongono alla realizzazione di tale prospettiva, vedi peraltro J. VISSER, *Bargaining in Euros*, cit., pp. 480 ss., e G. ROSS, A. MARTIN, *European Integration and the Europeanization of Labor*, cit., pp. 34 ss.

⁵³² W. STREECK, *Il modello sociale europeo*, cit., p. 3.

⁵³³ V. M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future of Social Europe: Recasting Work and Welfare in the New Economy. Report for the Portuguese Presidency of the European Union*, Lisbona, 2000, p. 70 (qui, come in seguito, del dattiloscritto).

ancora di un vasto e radicato consenso politico⁵³⁴, quali elementi fondanti della specifica identità delle società europee e del modello europeo di “civilizzazione” dell’economia capitalistica. Sono tuttavia drasticamente e definitivamente mutati i presupposti economico-politici sui quali essi erano stati rifondati quali assi portanti dei contratti sociali alla base della ricostruzione postbellica degli Stati nazionali dell’Europa occidentale.

Lo stato di incertezza riguarda proprio il senso e la direzione dei processi, già sperimentalmente avviati nel corso degli anni Novanta⁵³⁵, di ristrutturazione o, meglio, di riadattamento, imposti dalle radicali trasformazioni determinate dalla nuova economia politica, interna e internazionale⁵³⁶.

Viene sempre più spesso giustamente rimarcato che – per quanto assai rilevanti, specie in prospettiva – quelle derivanti dalla globalizzazione del capitale e dei mercati finanziari e dalla sempre più agguerrita concorrenza commerciale internazionale non sono le uniche sfide che oggi si trovano a dover fronteggiare gli Stati sociali europei; e che esse, probabilmente, non sono neppure le più importanti e impellenti⁵³⁷. Altrettanto e forse più in profondità agiscono, infatti, le esigenze di riforma o, come si dice ormai nell’“eurogergo”, di “modernizzazione”⁵³⁸ del *Welfare State* al contempo dettate dalle epocali trasformazioni “endogene” in atto nei sistemi economici e sociali europei. La rapida transizione all’economia postindustriale – basata su modi di produzione dei beni e dei servizi sempre più *information and knowledge-intensive* e sempre meno *energy-intensive*⁵³⁹ – sta radicalmente alterando il quadro materiale di riferimento dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, e rende sempre più inadeguate – per eccesso e per difetto nello stesso momento – le forme di solidarietà che in essi si sono cristallizzate nella fase della loro

⁵³⁴ Vedi, da ultimo, P. PIERSON, *Lo Stato sociale*, cit., specialmente p. 401, nonché l’indagine condotta da T. BOERI, A. BÖRSCH-SUPAN e G. TABELLINI, *Would You Like to Shrink the Welfare State? A Survey of European Citizens*, in *EP*, 2001, n. 32, pp. 9 ss.

⁵³⁵ Si veda la ricerca comparata curata da F. W. SCHARPF e V. A. SCHMIDT, *Welfare and Work in the Open Economy*, Oxford, 2000 (in due volumi).

⁵³⁶ M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future*, cit., pp. 5 ss.

⁵³⁷ In tal senso, fra gli altri, vedi ancora M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future*, cit., nonché, più diffusamente, N. ACOCELLA (a cura di), *Globalizzazione e Stato sociale*, Bologna, 1999, e gli atti (in due voll.) della conferenza su *Globalization, European Economic Integration and Social Protection*, organizzata da M. Rhodes in collaborazione con la Commissione europea (DG V) l’11 e il 12 marzo 1999, nell’ambito dell’*European Forum* dell’Istituto Universitario Europeo di Firenze.

⁵³⁸ Cfr. ad es. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Modernizzare e migliorare la protezione sociale nell’Unione europea*, COM (97) 102 def.

⁵³⁹ C. FREEMAN, L. SOETE, *Work for All or Mass Unemployment? Computerised Technical Change into the 21st Century*, London, New York, 1994.

massima espansione (fordista e keynesiana) durante i *trentes glorieuses*⁵⁴⁰.

La costituzione della UEM ha in certo senso interiorizzato i principi fondamentali della nuova *international political economy*. Rigore macroeconomico e stabilità monetaria sono oggi direttamente assicurati dalle regole del TCE e del Patto di stabilità e crescita e, soprattutto, vengono garantiti dalla completa autonomia e indipendenza della BCE, specificamente configurata "allo scopo" seguendo le linee del *design* tipico delle cosiddette "istituzioni conservatrici".

Essa ha altresì accresciuto la dinamica competitiva all'interno della Comunità. "Il processo di integrazione europea ha infatti sino ad ora accentuato piuttosto che attenuato la competizione, aumentando così le responsabilità della politica nazionale proprio mentre trasferiva alcune di queste ad un livello sovranazionale"⁵⁴¹. L'intrinseca pervasività del processo competitivo è rafforzata e sospinta dal diritto dell'economia dell'Unione europea.

D'altra parte, appare oramai del tutto evidente che – anche dopo l'unificazione monetaria – non ci sarà un unico Stato sociale europeo, *i. e.* un sistema di *Welfare* centralizzato, organizzato ed operante direttamente al livello sovranazionale. Quella che Norbert Reich ha chiamato la "*Versozialstaatlichung*"⁵⁴² della Comunità europea, non prelude in alcun modo – come si avrà modo di argomentare meglio nelle conclusioni generali di questo studio – ad una compiuta "federalizzazione" delle questioni di giustizia distributiva, ovvero ad un massiccio trasferimento all'Unione delle competenze fiscali necessarie all'allestimento al livello dell'unità superiore delle estese funzioni di protezione sociale oggi svolte, in forme che restano sensibilmente diverse⁵⁴³, dagli Stati membri. La responsabilità, politica e fiscale, delle istituzioni basilari del *Welfare* e della cittadinanza sociale è – e con ogni probabilità

⁵⁴⁰ Vedi, a mero titolo d'esempio, nell'ambito d'una vastissima letteratura, A. SUPIOT (sotto la direzione di), *Au-delà de l'emploi*, cit., cui *adde* almeno M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., e U. ROMAGNOLI, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *LD*, 1999, p. 209.

⁵⁴¹ W. STREECK, *Il modello*, cit., p. 3.

⁵⁴² N. REICH, *Schutzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft im Spannungsfeld von Rechtsschutznormen und institutioneller Integration*, Hannover, 1988, p. 7.

⁵⁴³ Rimane irriducibilmente legata alla prospettiva analitica prescelta, e quindi intrinsecamente relativa e molto oscillante, la risposta all'eterna domanda se la ri-regolazione dei mercati nazionali del lavoro e dei sistemi di protezione sociale, in corso in Europa anche su impulso della Comunità, tenda ad accentuare le convergenze ovvero, al contrario, ad ampliare le divergenze. In dottrina è possibile reperire risposte argomentate e persuasive in entrambi i sensi. Per la prognosi della tendenziale ibridazione dei modelli di capitalismo welfarista europeo, vedi M. RHODES, B. VAN APELDOORN, *The Transformation of West European Capitalism?*, *EUI Working Papers*, RSC, n. 97/60, p. 12.

resterà – essenzialmente nazionale, cioè propria degli Stati membri dell'Unione.

Gli Stati nazionali restano, correlativamente, i principali responsabili dei necessari processi di riadattamento e/o di modernizzazione dei loro sistemi di *Welfare*. Del resto, “benché i governi non possano più fare affidamento sui meccanismi protettivi impiantati nel dopoguerra per raggiungere gli obiettivi di piena occupazione, protezione ed eguaglianza sociale, lo Stato-nazione rimane il principale luogo del cambiamento politico”⁵⁴⁴.

In sintonia con quella direttiva alla “continenza regolativa”⁵⁴⁵ in qualche modo immanente alla affermazione del principio di sussidiarietà, il livello di governo comunitario si assegna oggi – come visto – un compito di prevalente coordinamento politico-istituzionale, e sempre meno di intervento regolativo diretto e prescrittivo.

L'evocativa immagine della “europeizzazione policentrica e orizzontale”, suggerita al riguardo da Streeck⁵⁴⁶, offre spunti interpretativi utili a cogliere alcuni tratti di fondo del fenomeno. Le dinamiche di europeizzazione danno luogo a un processo complesso e aperto, in cui la competizione tra i diversi modelli nazionali convive con il tentativo di rafforzare i canali sovranazionali di *governance* e i luoghi di coordinamento e di cooperazione, eventualmente rafforzata o differenziata⁵⁴⁷.

La Comunità ha programmaticamente marginalizzato il modello – rimasto comunque largamente ineffettivo anche negli anni in cui sembrava godere dei maggiori consensi dichiarati – della uniformazione normativa *via hard law* dei sistemi sociali nazionali. Soprattutto a partire dalla stipula del Trattato di Amsterdam, essa ha tuttavia sviluppato nuove forme di risposta, che – pur lasciando ampi spazi alla differenziazione – siano anche in grado di ricomporre ad unità il composito ordine comunitario attorno alla riaffermazione dei valori centrali del modello sociale europeo⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future*, cit., p. 5.

⁵⁴⁵ S. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in *DLRI*, 1994, pp. 639 ss., qui p. 648. Altrove, l'A. ha al medesimo proposito parlato, con accenti ancor più critici, di “ripiegamento su un minimalismo regolatorio” (vedi *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, ivi, 1997, pp. 609 ss., qui p. 637). Si tratta di riflessioni critiche del tutto condivisibili e sicuramente condivise con riguardo al momento – precedente alla revisione di Amsterdam – in cui sono state formulate, ma che oggi vanno riconsiderate alla luce dei più recenti sviluppi dell'integrazione europea.

⁵⁴⁶ W. STREECK, *Il modello sociale europeo*, cit., p. 11.

⁵⁴⁷ Vedi anche K. DYSON, *EMU*, cit., pp. 648-650, ove l'europeizzazione è vista come processo in cui convivono discorsi e logiche diverse e che si costruisce tanto secondo spinte *bottom-up* (differenziazione e competizione), quanto secondo impulsi *top-down* (cooperazione e convergenza guidata dalla Comunità).

⁵⁴⁸ Vedi in tal senso, pur da differenti prospettive d'indagine, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., pp. 109 ss., e I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism*

Il riequilibrio di una costituzione economica che si era sbilanciata nel senso della netta prevalenza dell'integrazione negativa dei mercati nazionali, percorre ad ogni modo strade inevitabilmente nuove e ancora in corso di costruzione.

L'orientamento eminentemente procedurale della strategia del coordinamento aperto e dell'armonizzazione riflessiva è ancora alla ricerca di più solidi punti di ancoraggio nella compiuta costituzionalizzazione di un nucleo cogente di valori e di diritti sociali fondamentali comunitari, che ne compensi gli indubbi elementi di debolezza⁵⁴⁹. Diritti e politiche sociali sono ingredienti entrambi necessari a dar corpo al ribilanciamento dell'integrazione europea⁵⁵⁰.

Sul piano dei contenuti normativi, le inevitabili incertezze e difficoltà della ricerca di un nuovo punto di giusto equilibrio tra i dettami dell'efficienza economica e della competitività, e le vecchie e nuove esigenze di protezione sociale, si manifestano nel carattere ondivago e talvolta (almeno all'apparenza) contraddittorio dei "messaggi" che vengono ad esempio veicolati attraverso gli orientamenti in materia di occupazione, come pure dalle linee di fondo che indirizzeranno l'agenda sociale europea nei prossimi anni.

Deakin e Reed hanno in particolare descritto le linee-guida come una "curiosa mistura di obiettivi politici neo-liberali, che pongono l'accento sulla deregolazione e la responsabilità individuale quanto a formazione e mobilità nel mercato del lavoro, e strategie neo-corporatiste, che promuovono soluzioni collettivamente concordate onde riconciliare flessibilità e sicurezza"⁵⁵¹.

È chiaramente ravvisabile una continua e irrisolta tensione tra gli indirizzi di marca neo-liberale, che si ispirano a un'idea che Streeck ha efficacemente definito di "solidarietà competitiva", e quelli che – recuperando talvolta accenti neo-keynesiani – assegnano un ruolo ancora centrale alle forme di "solidarietà distributiva", nelle quali per l'appunto mantengono l'autentico fulcro della politica sociale⁵⁵².

La nozione di "employability", primo pilastro degli orientamenti per l'occupazione impartiti dal Consiglio, come quelle di "active

and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, in *CMLR*, 1999, pp. 703 ss., specialmente pp. 732 e 734.

⁵⁴⁹ Cfr., tra gli altri, C. BARNARD, S. DEAKIN, *In Search*, cit., p. 137.

⁵⁵⁰ Vedi T. TREU, *Diritti sociali europei*, cit., pp. 441 ss.

⁵⁵¹ S. DEAKIN, H. REED, *The Contested Meaning*, cit., p. 95.

⁵⁵² Vedi W. STREECK, *Il modello*, cit., pp. 13 ss. La distinzione tra solidarietà "competitiva" e "redistributiva" presenta spiccate analogie con quella – proposta da B. JESSOP, *The Transition to Post-Fordism and the Schumpeterian Welfare State*, in R. BURROWS, B. LOADER (a cura di), *Towards a Post-Fordist Welfare State?*, London, 1994, pp. 13 ss. – tra *Workfare* "schumpeteriano" e *Welfare* "fordista-keynesiano".

security" o di "*flexicurity*"⁵⁵³, che ne fanno in certo senso da sfondo, danno bene il senso della tendenza, dai profili peraltro ancora incerti e piuttosto indeterminati⁵⁵⁴, al riorientamento competitivo della solidarietà.

Il *focus* della solidarietà tende in tale ottica a spostarsi dalle forme di redistribuzione passiva del reddito, sempre meno efficaci e sempre più costrette dai rigorosi vincoli finanziari, a quelle di attivazione *employment-friendly* delle capacità e delle opportunità di partecipazione al processo produttivo degli individui. Assecondando questa logica, la politica sociale europea sembra orientata a cedere il passo a quella del lavoro⁵⁵⁵, per concentrarsi sempre più sulla riproduzione del "capitale umano" dei soggetti, sulla attribuzione a questi di eguali dotazioni iniziali, e quindi di pari *chance* di inclusione in un mercato del lavoro sempre più frammentato ed esso stesso competitivo, in una prospettiva che è stata definita di "egualitarismo dal lato dell'offerta"⁵⁵⁶.

Accanto all'enfasi sulle strategie attive di prevenzione del bisogno sociale attraverso la responsabilizzazione dell'individuo, convivono però i richiami a dimensioni più tradizionali della solidarietà. Qualcuno ha polemicamente letto nella Carta di Nizza il ritorno a "una concezione di solidarietà statica e redistributiva di diritti di spartizione su risorse esistenti", con "venature di statalismo-dirigismo-lavorismo"⁵⁵⁷.

Per quanto l'affermazione abbia il sapore dell'esagerazione polemica ed enfattizzi in modo unilaterale solo una delle dimensioni della solidarietà accolte nella Carta, è comunque indubbio che questa riaffermi il valore centrale e l'indispensabilità di forti e stabili meccanismi di solidarietà redistribuita⁵⁵⁸. Il ruolo di tali meccanismi viene in particolare, come già accennato, significativamente valorizzato nelle strategie di lotta all'esclusione

⁵⁵³ Cfr. M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future*, cit., pp. 46 ss.

⁵⁵⁴ E dalle implicazioni talvolta decisamente problematiche: mi sia consentito un rinvio a S. GIUBBONI, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale. Spunti ricostruttivi*, in *RGL*, 1999, I, pp. 569 ss., specialmente pp. 584 ss., per qualche appunto critico sull'ambigua incidenza del concetto di "occupabilità" nelle strategie di ridisegno "attivo" dei sistemi di tutela sociale contro la disoccupazione, variamente all'opera a livello nazionale.

⁵⁵⁵ Vedi M. FREEDLAND, *Employment Policy*, in P. DAVIES *et al.* (a cura di), *European Community*, cit., pp. 275 ss., nonché D. ASHIAGBOR, *EMU*, cit., pp. 314 ss.

⁵⁵⁶ J. COHEN, J. ROGERS, *Can Egalitarianism Survive Internationalization?*, in W. STREECK (a cura di), *Internationale Wirtschaft*, cit., pp. 175 ss.

⁵⁵⁷ A. QUADRIO CURZIO, *Gli equivoci della solidarietà senza sviluppo e sussidiarietà*, in *M*, 2001, n. 1, pp. 40 ss., qui p. 42.

⁵⁵⁸ Per una più diffusa illustrazione di tale profilo, mi permetto di rinviare a S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DLRI*, n. 4/2001.

sociale, ove l'intervento pubblico non può certo limitarsi a un mero intervento di correzione dei fallimenti del mercato, nella prospettiva della (sola) solidarietà competitiva, ma – su preciso impulso comunitario – deve anche direttamente rivolgersi alla garanzia di risorse sufficienti per un'esistenza dignitosa, in una logica protettivo-redistributiva.

L'idea che sembra accomunare tale pur esitante e problematica riscoperta della solidarietà come valore fondante dell'integrazione comunitaria, è che l'elevata qualità sociale europea, lungi dall'essere un ostacolo alla dinamicità delle economie del Vecchio Continente, costituisca al contrario uno dei principali fattori della loro competitività nel lungo periodo, e debba ugualmente nutrirsi di efficaci politiche del lavoro come di forti sistemi di diritti e di garanzie sociali.

La scommessa che attende la ridefinizione in corso del modello sociale europeo è proprio quella di non rinunciare agli ideali di emancipazione e inclusione sociale iscritti nella sua missione fondativa, senza minacciare la competitività internazionale delle economie europee, e di fare, anzi, degli alti livelli di coesione e di protezione garantiti – sia pure in modi nuovi – dal *Welfare*, il più importante *asset* nella sfida della competizione economica globale.

PARTE SECONDA

L'INFILTRAZIONE DEL DIRITTO COMUNE DELLA CONCORRENZA NEI DIRITTI DEL LAVORO NAZIONALI E I SUOI ANTIDOTI

“Si le droit de la concurrence devait être entendu comme la simple mise en forme juridique de lois du marché, alors le sujet de droit se trouverait évincé par l'homo œconomicus, et la règle de droit par la norme économique.”

Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994 (p. 228)

Sommario: 1. Premessa: struttura e contenuti della narrazione.- 2. Diritto comunitario della concorrenza e del mercato e diritti del lavoro nazionali nel modello originario.- 3.- La crisi del modello originario.- 4. Segue: a) in particolare, nella vicenda interpretativa dell'art. 30 (ora 28) del Trattato di Roma.- 5. Segue: b) ed in quella degli artt. 85, 86 e 90 (ora 81, 82 e 86) del Trattato di Roma.- 6. Due vicende paradigmatiche: monopoli pubblici del collocamento e monopoli previdenziali nazionali di fronte al diritto comunitario della concorrenza.- 7. Il caso "Höfner e Macrotron".- 8. Il caso "Job Centre".- 9. Il caso "Poucet e Pistre".- 10. Il caso "Fédération Française des Sociétés d'Assurance".- 11. Il caso "Albany International BV".- 12. Il caso "Pavlov". 13. Il caso "van der Woude".- 14. Il caso "INAIL".- 15. Una valutazione di sintesi.- 16. Gli antidoti all'infiltrazione del diritto della concorrenza: a) libertà economiche e diritti sociali dopo la Carta di Nizza.- 17. Segue: b) i dialoghi costituzionali sui valori fondanti della polity comunitaria.- 18 Segue: c) integrazione negativa e competenze sociali degli Stati membri.- 19. Considerazioni conclusive.

1.- La parola "infiltrazione"¹, al pari (e forse meglio) di altre come "intrusione"², "penetrazione"³, "corrosione", "erosione"⁴ - tutte, come la prima, ormai entrate nel comune frasario col quale i giuslavoristi descrivono, da circa un decennio, i burrascosi rapporti tra diritto comunitario della concorrenza e del mercato e diritti del lavoro nazionali⁵ -, evoca immediatamente l'idea di una minaccia, di un'insidia o di un pericolo proveniente dall'esterno ma capace di penetrare più o meno nascostamente sin nelle radici più profonde del sistema, per scuoterlo *ab imis*, mettendone in crisi le categorie più solide e più "interne"⁶. Essa non introduce perciò ad una descrizione "neutra" del fenomeno, ma contiene in sé una precisa valutazione, evidentemente negativa, di questo. E per quanto la diffusione dell'uso - felicemente introdotto da Gérard Lyon-Caen e oramai come detto divenuto, nelle sue diverse "varianti", pressoché comune - possa averne in qualche modo stemperato la primitiva connotazione negativa, essa non ha tuttavia perso l'intrinseco significato valutativo, e non meramente descrittivo, suo proprio; continua, perciò, inevitabilmente, a contenere un inequivoco giudizio di (dis)valore.

Se valutata nella potenziale radicalità e totalità della sua pretesa di conformazione dei rapporti sociali alle esigenze del mercato, l'infiltrazione incontrastata del diritto della concorrenza - quale espressione estrema e più pura, e se si vuole quasi sublimata, delle istanze di deregolazione spinta dei rapporti di lavoro⁷ - appare, in

¹ G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *DO*, 1992, p. 313. Anche qui come nel prosieguo, ove non altrimenti specificato, la traduzione proposta è mia.

² P. LAIGRE, *L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. À propos de l'arrêt Coreva*, *CJCE* 16 novembre 1995, in *DS*, 1996, p. 82.

³ K. MICHELET, *Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes*, in *DS*, 2001, p. 292.

⁴ A. LYON-CAEN, *Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, 1992, pp. 331 ss.

⁵ Cfr., sin d'ora, tra gli studi forse più noti e significativi nell'ambito della vasta letteratura formatasi sull'argomento, P. DAVIES, *Market Integration and Social Policy in the Court of Justice*, in *ILJ*, 1994, pp. 49 ss.; e M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di Giustizia*, in *DLRI*, 1993, pp. 1 ss. (ora anche in ID., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 25 ss.).

⁶ Vedi infatti quanto osserva LORD WEDDERBURN, *Freedom and Frontiers of Labour Law*, ora in ID., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1995, pp. 350 ss., specialmente pp. 370 ss.

⁷ Cfr. U. MÜCKENBERGER, S. DEAKIN, *From Deregulation to a European Floor of Rights: Labour Law, Flexibilisation and the European Single Market*, in *ZIAS*, 1989, n. 3, p. 153 ss., specialmente p. 171 per uno spunto in tal senso; più in generale, da ultimo, S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999, p. 587. Invero, se portata alle sue

effetti, mettere direttamente in discussione la "legittimità stessa del diritto sociale"⁸. "Un diritto della concorrenza che non riconosca altro punto di vista che quello dell'individuo che agisce nel mercato – è stato efficacemente detto al riguardo – non può che suonare a morto per tutte quelle costruzioni giuridiche nelle quali si fondano sicurezza sociale o solidarietà professionale"⁹.

L'intrinseca potenzialità negativa – deregolativa o forse meglio *tout court* distruttiva – dell'infiltrazione del diritto del lavoro da parte di quello della concorrenza non può, quindi, non essere rimarcata *in limine*, e nella sua valenza più generale e profonda, anche in una sede come questa, in cui pure il fenomeno viene in rilievo dal delimitato punto di vista dell'osservazione delle trasformazioni della costituzione economica della Comunità europea e del loro impatto sugli ordinamenti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali. E ciò non solo per un'esigenza di chiarificazione terminologica: vale a dire di doverosa esplicitazione (e giustificazione) del significato delle parole usate.

Una visione d'insieme del fenomeno dal punto di vista specifico, ma al contempo privilegiato, dell'ordinamento comunitario – quale è quella che ci si propone di offrire in questa parte dello studio – consentirà tuttavia di sfumare i termini del giudizio implicito (e ora anche dichiarato) nella scelta del titolo, per giungere a una valutazione più articolata dello stesso.

Verrà infatti suggerito che – specie nell'ottica della costruzione di uno spazio costituzionale accentuatamente pluralista quale quello comunitario europeo – la questione cruciale consiste nella edificazione di un sistema di convivenza e di temperamento, nel reciproco rispetto, di valori potenzialmente contrastanti¹⁰. Ciò in linea con una proposta – di recente autorevolmente formulata e qui condivisa – secondo cui la tutela del lavoro nel sistema costituzionale europeo *in fieri* "si realizzi anche attraverso l'incontro delle due famiglie, quella del diritto del lavoro e quella

estreme conseguenze logiche, l'idea dell'assoggettamento del diritto del lavoro alla razionalità propria delle regole sulla libertà di concorrenza – specie nel suo paradigma classico e ancor più nelle sue varianti hayekiane (su cui vedi I. MUSU, *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in I. MUSU, N. LIPARI, *La concorrenza tra economia e diritto*, Milano, Roma-Bari, 2000, pp. 5 ss.) – rappresenta forse la forma più radicale di negazione della legittimità dello stesso, in quanto ostacolo ad un'efficiente allocazione dei fattori produttivi ed al libero fluire e dispiegarsi degli stessi nel mercato.

⁸ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, p. 189.

⁹ Ivi, p. 228.

¹⁰ Cfr. L. IDOT, *Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)*, in *EChron.* novembre 1999, pp. 4 ss.

del diritto della concorrenza"¹¹, senza, tuttavia, ingiustificabili forme di "tirannia" dei valori espressi dalla seconda su quelli garantiti dalla prima, nei termini implicati da una non mediata e unidirezionale "infiltrazione" del diritto della concorrenza.

Nell'ottica richiamata, e che sarà meglio illustrata nelle pagine conclusive di questa parte dello studio, le due "famiglie non si fondano ma si confrontano a vicenda e, vorrei dire, si rispettano, ciascuna con una propria storia e con i suoi propri valori fondativi"¹².

Su questa premessa, il discorso seguirà la linea di ragionamento tracciata in termini generali nella prima parte di questo lavoro e si svilupperà secondo la sequenza logica che ora si indica.

Verranno inizialmente delineati i lineamenti essenziali di quello che può essere definito l'originario rapporto di sostanziale reciproca "non interferenza" fra diritto comunitario della concorrenza e diritti nazionali del lavoro, rapporto che riproduceva, nello specifico, quello che si è più generalmente individuato, nella prima parte dello studio, come l'equilibrio istituzionale dell'*embedded liberalism* nella forma originariamente sottesa ai trattati istitutivi. In stretta successione, saranno, quindi, illustrati in dettaglio – sviluppando l'analisi in precedenza solo accennata¹³ – i più salienti motivi e momenti della "rottura" di quell'originario equilibrio. È in particolare in questo contesto che la progressiva infiltrazione del diritto della concorrenza nel corpo, già gelosamente custodito e preservato, degli ordinamenti giuslavoristici degli Stati membri acquista – nel porsi in aperta contraddizione con l'iniziale equilibrio costituzionale – tutta la sua potenziale (e spesso anche attuale) valenza negativa e deregolativa, come fonte di un "controllo sempre più stretto delle normative [nazionali] del lavoro in nome degli imperativi del mercato integrato"¹⁴.

Una seconda parte del discorso approfondirà, quindi, attraverso una più analitica rassegna della giurisprudenza comunitaria sedimentatasi nel corso degli anni Novanta, due vicende in qualche modo paradigmatiche della densità problematica del fenomeno dell'infiltrazione. Essa si occuperà, in particolare, del diverso grado di impatto esercitato dal diritto comunitario della concorrenza rispettivamente sui monopoli pubblici nazionali in materia di collocamento e di tutela previdenziale, di base e integrativa.

¹¹ S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *DML*, 2000, n. 3, pp. 586 ss., qui p. 590.

¹² *Ibidem*.

¹³ Vedi *retro*, par. 8 della parte prima.

¹⁴ A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., p. 340.

La terza e ultima parte del discorso, prendendo spunto dai risultati dell'analisi condotta in quella precedente, si soffermerà sulla evoluzione già in atto nel sistema comunitario, e che comincia (pur faticosamente) a riflettersi nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, verso forme di più equilibrata ricomposizione e bilanciamento delle esigenze e dei valori, potenzialmente o attualmente confliggenti, della protezione del lavoro e della solidarietà sociale, da un lato, e della libertà di concorrenza e della liberalizzazione del mercato interno, dall'altro. Essa supporterà diffusamente l'argomento, sopra enunciato, secondo cui dal suddetto esercizio di riequilibrio tra tali ordini di interessi e valori fondanti l'Unione europea, dipende buona parte della necessaria legittimità materiale di quell'originale "spazio costituzionale comune"¹⁵ in formazione, rappresentato dalla sempre più stretta interpenetrazione tra l'ordinamento comunitario e quello degli Stati membri¹⁶.

2.- L'infiltrazione del diritto comunitario della concorrenza e del mercato praticamente in ogni sfera della "sovranità sociale" originariamente riservata agli Stati membri¹⁷, ivi incluso il loro forse più esclusivo "territorio di caccia"¹⁸, quello dell'organizzazione dei sistemi di protezione sociale, costituisce fenomeno relativamente recente, che comincia ad acquistare spessore concreto, e ad essere percepito come un nuovo e minaccioso fronte di "corrosione" dei diritti del lavoro nazionali, in pratica soltanto a partire dai tardi anni Ottanta.

Vedremo nei paragrafi successivi le determinanti e i versanti principali di tale fenomeno, particolarmente complesso e

¹⁵ A. MANZELLA, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *QC*, 2000, p. 531. L'immagine – sempre più spesso impiegata nel dibattito sulla natura costituzionale fluida del sistema europeo – è dovuta, a quanto consta, a C. TOMUSCHAT, *Europe. A Common Constitutional Space*, in *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, The Hague, 1992, pp. 133 ss. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *QC*, 1999, pp. 3 ss., in specie p. 12, la usa in senso allargato, includendo nel livello sovranazionale anche le fonti del Consiglio d'Europa. Tra i giuslavoristi, vedi ad es. M. RODRIGUEZ-PINERO, *Il dialogo tra Corte di giustizia e giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 1998, pp. 445 ss., specialmente p. 455.

¹⁶ In essa riprenderò perciò i temi già abbozzati in S. GIUBBONI, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze "pratiche" e conflitti "teorici"*, in *ADL*, 2000, n. 3, pp. 685 ss. (saggio apparso anche in inglese, col titolo *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: "Practical" Convergences and "Theoretical" Conflicts*, in *ELJ*, 2001, pp. 69 ss.).

¹⁷ Cfr., da ultimo, M. FERRERA, *Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-nazione: dilemmi e prospettive*, in *RISP*, 2000, pp. 393 ss.

¹⁸ E. VOGEL-POLSKY, *Les compétences sociales de l'Union européenne: protection sociale et sécurité sociale*, in *RBSS*, 1994, pp. 1135 ss., qui p. 1145.

sfaccettato, per quanto relativamente omogeneo nei risultati e nei problemi conseguentemente sollevati¹⁹. Qui occorre sottolineare meglio, e più diffusamente di quanto sia già stato fatto nella prima parte di questo studio, il carattere di sostanziale novità, anzi di vera e propria rottura o - volendo ancora usare la più colorita terminologia da altri suggerita in un più ampio contesto²⁰ - di "sovversività", rispetto agli equilibri disegnati dai padri fondatori della Comunità economica europea, del fenomeno "infiltrazione". Ciò che sarà possibile fare ripercorrendo i tratti essenziali del modello da essi disegnato e che ha effettivamente governato i rapporti tra diritto comunitario della concorrenza e diritti del lavoro nazionali sostanzialmente sino alla prima metà degli anni Ottanta. Schematizzando, e anticipando il succo di quanto verrà meglio argomentato nel prosieguo, può dirsi che il Trattato di Roma avesse innanzi tutto incorporato quella relazione di sostanziale *non interferenza* tra diritto comunitario della concorrenza e discipline nazionali di tutela del lavoro e di protezione sociale, ovvero, più propriamente, di completa *autonomia* delle seconde dal primo, certamente emergente dal complessivo disegno politico-istituzionale tracciato, in vista dell'unificazione generale dei mercati degli Stati membri, nel Rapporto Spaak. E che, nello stesso tempo, in linea con la concezione tradizionale e dominante delle funzioni del diritto transnazionale del lavoro, così come rivisitata per l'occasione dai rapporti Ohlin e Spaak, avesse ulteriormente recepito il principio per cui le stesse (limitate ed eccezionali) competenze sociali della CEE avrebbero dovuto contribuire a corroborare tale *autonomia* dei diritti del lavoro degli Stati membri, immunizzandoli e proteggendoli dai rischi di forme sleali di concorrenza, basate su pratiche di *social dumping*. In tal senso, può dirsi che la funzione specificamente e essenzialmente regolativa della concorrenza transnazionale, propria delle (originarie) disposizioni sociali del Trattato di Roma, non facesse che riconoscere e codificare - al livello sovranazionale - quella intima relazione di complementarità che, per sua natura, il diritto del lavoro intrattiene con i principi che presiedono alla organizzazione di eque condizioni di concorrenza tra le imprese²¹.

¹⁹ Rinvio, ad ogni modo, sin d'ora, per qualche primo spunto in tal senso, a S. GIUBBONI, *Diritto nazionale del lavoro e diritto comunitario della concorrenza: un rapporto inevitabilmente "contrastato"*, in M. CINELLI et al., *Osservatorio previdenziale*, in RIDL 2000, III, pp. 233 ss.

²⁰ Vedi M. RHODES, "Subversive Liberalism": *Market Integration, Globalisation and the European Welfare State*, EUI Working Paper RSC, n. 95/10.

²¹ Cfr. soprattutto G. LYON-CAEN, *L'infiltration*, cit., *passim*, nonché ID., *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, 1995, pp. 90 ss., da cui traggono in prevalenza ispirazione le osservazioni qui compiute.

Come ampiamente ricordato nella prima parte di questo lavoro, l'assunto fondamentale degli estensori del Trattato CEE – così come compiutamente esplicitato in quella sorta di *White Paper* costituzionale che fu, al riguardo, il Rapporto Spaak²² – era che la costruzione del mercato comune, passo decisivo verso l'integrazione delle economie europee in funzione della stabilizzazione politica del Vecchio Continente, avrebbe dovuto essere saldamente poggiata sulla piena salvaguardia di tutte le funzioni di correzione del mercato e di redistribuzione della ricchezza proprie dei *Welfare State* nazionali.

La CEE non avrebbe in particolare assunto tra le proprie – fatta salva la rilevante eccezione della politica agricola comune (PAC), come noto intrisa di una prioritaria funzione welfaristica²³ – nessuna delle competenze appartenenti, in tale decisivo ambito, agli Stati nazionali, proprio sul presupposto che soltanto la piena autonomia politica (e normativa) agli stessi in tal modo e in tal senso garantita avrebbe potuto porre le precondizioni di una loro effettiva partecipazione alla costruzione del mercato comune.

Le poche competenze sociali della Comunità – quali fissate dalle scarse disposizioni dell'originario Titolo VIII del Trattato istitutivo – avrebbero dovuto semplicemente accompagnare, in funzione ancillare e strumentale, la costruzione del mercato comune, senza però intaccare quell'essenziale presupposto di piena autonomia del governo pubblico e/o collettivo dei processi di redistribuzione e delle funzioni di protezione e di coesione sociale svolti all'interno dei *Welfare State* nazionali. Quelle disposizioni avrebbero semmai dovuto contribuire a rafforzare – seguendo e assecondando la linea della naturale intensificazione del processo d'integrazione economica – le capacità di risposta e di governo dei regimi di *Welfare* degli Stati membri, nella prospettiva, sulla quale si ritornerà pure tra breve, della “parificazione nel progresso” di sistemi che già in quegli anni cominciavano ad assaporare i preludi della loro più felice e straordinaria stagione di crescita²⁴.

²² Secondo la calzante e già ricordata definizione di P. DAVIES, *The Emergence of European Labour Law*, in W. McCARTHY (a cura di), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, Oxford, 1992, pp. 313 ss., sul punto p. 319.

²³ Cfr. meglio *retro*, al par. 6 della parte prima; per un'illuminante ricostruzione storica del fondamentale significato politico-sociale della europeizzazione della protezione delle popolazioni agricole attraverso la PAC, vedi ad ogni modo A. S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, London e New York, 2a ed. (con l'assistenza di G. Brennan e F. Romero), 2000, pp. 224 ss.

²⁴ M. R. ALARCÓN CARACUEL, nell'articolo intitolato *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, in *LD*, 2000, pp. 607 ss., in particolare alle pp. 608-609, ha recentemente scritto in proposito che, nel dettare le disposizioni di cui agli artt. 117 e ss. del Trattato CEE, “paradossalmente (ma forse non tanto), i padri fondatori – di tendenze politiche conservatrici – si sarebbero attenuti esattamente alla dottrina marxista: innanzi tutto si deve

In un contesto come questo, il fatto che le disposizioni sovranazionali in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi e di concorrenza non avessero alcuna idoneità ad interferire con le discipline nazionali del lavoro e della sicurezza sociale era addirittura ovvio e non abbisognava, perciò stesso, di specifiche enunciazioni. Queste, a ben guardare, in realtà non mancavano, ma ciò che più conta è che – al di là delle garanzie formali ed espresse contenute nel corpo del Trattato di Roma – l'intero assetto da questo prefigurato presupponeva, in realtà, e dava quindi per scontato, un tale rapporto di assoluta non interferenza tra i due ordini normativi.

È vero che quelli relativi alle libertà economiche e alla concorrenza sono stati sin dall'inizio conformati e posti come principi generali e fondamentali, come tali qualificanti l'intera costruzione comunitaria, con un'innata vocazione ad acquistare uno *status* di per sé superiore alle vere e proprie politiche settoriali della Comunità, ivi compresa, come è ovvio, quella sociale²⁵. Cosicché la potenziale onnicomprensività del loro raggio d'azione – in mancanza, oltretutto, di deroghe espresse simili a quelle stabilite invece per la politica agricola (art. 42, oggi 36, del TCE) – avrebbe probabilmente dovuto renderne palese fin da subito l'immanente possibilità di estensione alle stesse politiche (e normative) sociali nazionali. D'altra parte, una disciplina a vocazione certamente (molto) restrittiva della libertà degli Stati membri di concedere aiuti alle imprese – quale quella contenuta negli artt. 92 (ora 87) e seguenti del Trattato istitutivo della CEE – avrebbe dovuto rendere ancor più evidente, e di sicuro meno remota, una tale possibilità.

Senonché, queste considerazioni – che oggi, col senno del poi, possono sembrare, e forse senz'altro appaiono, addirittura scontate – non riescono a dar conto di quell'assetto di effettiva ininterferenza per lunghi anni mantenutosi – nella costruzione

costruire l'infrastruttura economica; successivamente si edificano le sovrastrutture politiche e sociali adeguate". L'affermazione potrebbe essere in effetti solo all'apparenza paradossale; sono tuttavia convinto che sia più corretto ritenere che la preoccupazione maggiore – che si sposava benissimo con l'altra di assicurare una regolare e corretta apertura dei mercati agli scambi e alla concorrenza intracomunitaria, trasferendo alla Comunità solo le competenze di armonizzazione delle condizioni di lavoro strettamente necessarie allo scopo – fosse in realtà quella di mantenere ben saldo il controllo su di un settore chiave di legittimazione e consenso per il risorto Stato nazionale, quale, per l'appunto, quello delle politiche generali di *welfare*.

²⁵ Per questa notazione, con particolare riferimento alla concorrenza, che sarebbe solo impropriamente collocata dalle stesse norme comunitarie nel novero delle "politiche", in quanto avrebbe, non diversamente dalle libertà "fondamentali" di circolazione dei fattori della produzione, la più basilare funzione di conformare e "strutturare il mercato", vedi S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995, pp. 40 e 41.

comunitaria – tra diritto sovranazionale della concorrenza e del mercato e normative sociali degli Stati membri.

Per un lungo tratto della storia, per nulla lineare, della edificazione del mercato comune, non si è, in realtà, mai seriamente dubitato, o meglio non si è mai nemmeno supposto, che gli artt. 85 (ora 81) e seguenti del Trattato potessero minimamente influire sulle scelte regolative liberamente compiute dagli Stati membri quanto, per fare soltanto i due esempi che verranno meglio approfonditi in seguito, all'organizzazione dei loro sistemi di pubblico collocamento della manodopera o, ancora, dei loro ordinamenti previdenziali²⁶. E lo stesso può naturalmente ripetersi per le disposizioni in tema di libera circolazione delle merci e dei servizi, l'altro pilastro della "costituzione del mercato comune"²⁷.

Non può essere del resto dimenticato, come è stato di recente giustamente puntualizzato, "per avere un sia pur sommario quadro della complessa situazione che si presentava al momento in cui nasceva la Comunità e quindi delle difficoltà incontrate nel fissare prima e ancor più nel precisare e nell'applicare poi quelle regole, che la sensibilità per le esigenze della corretta competizione tra imprese era assai modesta in Europa e che la stessa legislazione degli Stati membri testimoniava dello scarso grado di elaborazione della materia"²⁸.

Nei primi decenni della storia comunitaria – è stato altrettanto autorevolmente ricordato – una "cultura della concorrenza" anche vagamente comparabile con quella di oggi era semplicemente inesistente. "Le concezioni del dirigismo pianificatorio francese si contrapponevano a quelle tedesche dell'economia sociale di mercato. La presenza e l'interferenza degli Stati membri nelle rispettive economie erano in crescita, piuttosto che in diminuzione. I fautori di una attiva politica industriale erano ben più influenti, pressoché in tutti gli Stati membri, dei sostenitori di una rigorosa politica della concorrenza"²⁹.

²⁶ Rimane in tal senso utilissima, appunto per misurare l'enorme distanza dal quadro interpretativo divenuto oggi comune, la lettura degli scritti dedicati a tali "disposizioni chiave" del Trattato istitutivo in uno dei più autorevoli tra i primi commentari europei dello stesso; cfr. in particolare i saggi di U. DRAETTA, U. LEANZA e A. PAPPALARDO (a commento degli artt. da 85 a 94) in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (sotto la direzione di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965, vol. II.

²⁷ M. CARTABIA, J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 241.

²⁸ A. TIZZANO, *Le dimensioni internazionali della concorrenza e la pluralità degli ordinamenti giuridici in un contesto di globalizzazione*, in I. MUSU, N. LIPARI, *La concorrenza*, cit., pp. 89 ss., qui p. 93.

²⁹ C. D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CMLR*, 2000, pp. 537 ss., qui p. 540.

Ma ancor più che il relativo sottosviluppo della materia, che all'epoca in effetti presentava un certo grado di elaborazione solo in Germania, il cui modello non a caso ha maggiormente influito sulle originali scelte comunitarie³⁰, doveva risultare decisiva – nell'orientare la prassi di pacifica e indisturbata “non interferenza” tra i due ordini normativi – una sorta di immediata e comune “pre-comprensione” – inizialmente condivisa in pieno da quegli stessi attori istituzionali sovranazionali che si sarebbero rivelati in seguito tra i più attivi nel rovesciarla – dell'assetto compromissorio al riguardo postulato dal Trattato, e del resto dallo stesso rivelato in non poche norme chiave (quali quelle di cui all'art. 222 o, ancora, all'art. 90.2 [oggi, rispettivamente artt. 295 e 86.2])³¹.

Soltanto lo straordinario “attivismo costituzionale” della Corte di Giustizia, così come incoraggiato o assecondato, in un gioco di mutuo supporto istituzionale, dalla Commissione europea, avrebbe fatto – ma solo più tardi, e in termini certo assai lontani dalle previsioni degli estensori del Trattato – degli artt. 30 e 85 e seguenti di questo quei formidabili strumenti di stringente controllo dell'intervento degli Stati membri nelle rispettive economie e – in definitiva – dello stesso livello di regolazione pubblica del mercato (finanche del lavoro) da questi stabilito, che oggi conosciamo³².

Cercheremo di dare conto nei paragrafi seguenti di tale straordinario ampliamento del raggio d'azione di quelle norme e, per certi versi, dell'autentico rovesciamento dei rapporti tra diritto del mercato sovranazionale e diritto del lavoro nazionale, così provocato. Qui mette conto unicamente di sottolineare ancora una volta quanto distante fosse, da quello venutosi a creare oggi, l'originario equilibrio diviso dai *conditores* comunitari.

Questo può comunque essere agevolmente desunto anche dall'altro aspetto del modello originario, esso stesso del resto del tutto consequenziale al (e comunque coerente con) quello testé messo in luce, ed al quale pure si è accennato in apertura.

La creazione di un mercato comune concepito in funzione e come risultato dell'affermazione “di forti interessi economici

³⁰ Cfr., recentemente, oltre che A. TIZZANO, *Le dimensioni*, cit., pp. 92 ss., D. J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *HILJ*, 1994, pp. 97 ss.

³¹ A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, New York, 1998, p. 149, ricorda l'effettiva debolezza dell'originario impianto *antitrust* del Trattato di Roma, frutto di un difficile compromesso tra le posizioni più liberali espresse dalla delegazione tedesca, e in particolare da Ludwig Erhard, e quelle, di stampo dirigista, dei francesi.

³² Cfr. sul punto A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., p. 337.

nazionali"³³, in quanto teso a favorire il completamento dell'opera di ricostruzione postbellica dello Stato-nazione, implicava, come visto, l'accettazione del corollario secondo cui le poche e deboli disposizioni sociali del Trattato di Roma avrebbero in linea di massima dovuto soltanto accompagnare e assecondare il processo di spontaneo eguagliamento verso l'alto che si attendeva dal regolare funzionamento dello stesso, secondo un meccanismo in cui "l'assimilazione dei sistemi legali nazionali avrebbe dovuto essere considerata una misura eccezionale e estrema e la Commissione avrebbe avuto soltanto il potere o di concedere sussidi al fine di correggere le eventuali distorsioni o di promuovere la collaborazione tra gli Stati membri nella sfera sociale, come statuito dall'art. 118".

La creazione del mercato comune avrebbe avviato un processo di spontanea armonizzazione verso l'alto delle condizioni di vita e di lavoro negli Stati membri, ed i rispettivi sistemi di diritto del lavoro e di protezione sociale avrebbero, *in linea di principio*, solo tratto vantaggio da esso, senza alcun bisogno di interventi eteronomi di tipo correttivo. Gli Stati membri avrebbero pertanto potuto perseguire gli obiettivi assegnati alle loro politiche sociali domestiche in piena libertà, secondo le proprie esigenze economiche e preferenze ideologiche: le differenze nei livelli di protezione così accordati non avrebbero, infatti, di regola, determinato distorsioni della concorrenza all'interno del mercato comune a danno dei sistemi più generosi e garantistici³⁴.

Tuttavia, nei casi eccezionali – individuati dallo stesso Trattato (agli artt. 119 e 120) sulla scorta delle indicazioni del Rapporto Spaak (e della ferma insistenza della delegazione francese)³⁵ o comunque successivamente individuabili sulla base della concreta esperienza – nei quali i suddetti differenziali di sviluppo e di costo dei rispettivi sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro si fossero dimostrati idonei a falsare o a distorcere il gioco concorrenziale fra gli Stati membri (o, meglio, fra le imprese in essi operanti), il *diritto comunitario del lavoro* avrebbe dovuto recuperare tutta la sua costrittività, onde ripristinare, *parificandole verso l'alto*, condizioni di *corretta ed equa concorrenza*. Nei casi, pur limitati ed eccezionali, in cui, cioè, il processo concorrenziale innescato dall'apertura del mercato comune potesse essere distorto

³³ S. SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, *EUI Working Papers, Law*, n. 98/9, p. 5, da cui traggio anche le citazioni che seguono nel corpo del testo.

³⁴ Si tratta di notazioni del tutto correnti in dottrina e del resto già sviluppate e meglio documentate nella parte prima; si confronti, ad ogni modo, anche la ricostruzione di M. FUCHS, *Internationaler Wettbewerb als Anliegen des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, in L. SCHUSTER (a cura di), *Die Unternehmung im internationalen Wettbewerb*, Berlin, 1994, pp. 48 ss.

³⁵ Vedi, per tutti, A. S. MILWARD, *The European Rescue*, cit., pp. 196 ss.

da forme di *dumping* sociale, determinate dal diverso grado di "rigore" delle normative sociali nazionali, il livello di regolazione sovranazionale avrebbe comunque garantito il ristabilimento di condizioni di concorrenza leale, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni interne del lavoro secondo lo *standard* più elevato.

In questo senso, il diritto del lavoro (comunitario) si sarebbe riappropriato – (anche) al livello della regolazione sovranazionale – di quella che è stata definita la sua primaria funzione, il suo proprio "oggetto essenziale"³⁶. Che consiste nello scongiurare e, tendenzialmente, nell'eliminare il *dumping* sociale, assicurando l'equalizzazione delle condizioni della concorrenza delle imprese che operano nel medesimo settore economico attraverso la parificazione dei costi di acquisto della forza lavoro³⁷.

Funzione o oggetto, questi, propri tanto del contratto collettivo quanto del diretto intervento legislativo dello Stato, e che fanno del diritto del lavoro – che in tanto può sussistere in quanto sia di per sé sottratto all'applicazione delle regole sulla concorrenza – al contempo un sistema di norme "nato come diritto volto ad organizzare una equa concorrenza tra le imprese, e dunque come diritto complementare a quello della concorrenza, animato perciò da uno spirito non differente"³⁸.

³⁶ G. LYON-CAEN, *L'infiltration*, cit., p. 313.

³⁷ Corte di Giustizia CE, causa 167/73, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 1974, p. 359, in particolare al punto 45, assegnava significativamente un'analoga funzione di protezione dal *dumping* sociale anche al combinato disposto degli artt. 48 e 117 del Trattato, in quanto diretto a impedire che i lavoratori nazionali subissero le conseguenze negative derivanti dall'accettazione, da parte dei prestatori di altri paesi membri, di condizioni di lavoro o di remunerazione meno vantaggiose di quelle vigenti nello Stato ospitante.

³⁸ *Ibidem*. Tra i due momenti non c'è evidentemente alcuna contraddizione. Da un lato il diritto del lavoro costituisce per sua natura un sistema di norme diretto a restringere o a rimuovere la concorrenza nel mercato del lavoro, al fine di proteggere – attraverso la fissazione di *standards* inderogabili di tutela – la libertà e la dignità della persona del lavoratore in quanto "essere umano" (vedi, per tutti, da ultimo, S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 590). In ciò esso esprime una ragion d'essere antagonista a quella del diritto della concorrenza e richiede di essere sottratto alla sua applicazione. Il più limpido riconoscimento di tale principio è forse ancora rinvenibile nella *section 6* del Clayton Act: "*the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*". Dall'altro lato, proprio nella misura in cui "equalizza" le condizioni di concorrenza tra le imprese con riguardo ad un fattore della produzione e proscrive rispetto ad esso pratiche di *dumping*, il diritto del lavoro è anche complementare al diritto della concorrenza. È, in particolare, proprio "in ragione di tale funzione normalizzatrice del mercato" – propria *in primis* del contratto collettivo ma in genere della legislazione di protezione del lavoro – "che si avverte la necessità di attribuire al contratto collettivo la più ampia sfera di efficacia": G. GIUGNI, *Diritto del lavoro* (voce per un'enciclopedia), in *DLRI*, 1979, pp. 11 ss., ed ora anche in *ID.*, *Lavoro legge contratti*, Bologna, 1989, pp. 245 ss, e segnatamente p. 272, da cui cito. Il diritto del lavoro intrattiene, perciò, con quello della concorrenza, una relazione in qualche modo ambivalente ma non contraddittoria. Relazione che ha suggerito a

Benché espressa in forma tecnicamente alquanto diversa, la stessa concezione emergeva – come pure ampiamente visto in precedenza³⁹ – dal Trattato istitutivo della CECA. La stretta “contiguità” tra le disposizioni in tema di concorrenza e quelle in materia sociale, evidente anche “topograficamente”, per così dire, nel Trattato di Parigi⁴⁰, manifestava nel modo più trasparente quel medesimo rapporto di complementarità tra diritto comune della concorrenza e del mercato e normative nazionali del lavoro, divisato già nel 1951 dagli estensori dell’atto fondativo della Comunità. Nell’art. 68 del Trattato CECA, il principale strumento comunitario di (pur indiretto) intervento in materia di salari e di prestazioni sociali è in realtà direttamente funzionale alla garanzia di eque condizioni di concorrenza nel mercato comune del carbone e dell’acciaio. Ed anche in questo caso, l’esplicita *ratio antidumping* della disposizione è collegata al principio della garanzia di elevati *standard* di tutela del lavoro all’interno degli Stati membri e, a monte, della stessa autonomia regolativa di questi ultimi in campo sociale.

Anche in questo caso, quindi, l’equità delle condizioni di concorrenza è intimamente collegata con, o per meglio dire presuppone, la piena garanzia – all’interno di ciascuno Stato membro ed in base alle autonome scelte di questo – di elevati livelli di tutela sociale dei lavoratori.

Nel Trattato di Parigi si anticipava perciò – benché con tecniche diverse e senza la previsione di forme di armonizzazione normativa – quella stessa relazione di strumentalità/interdipendenza/complementarità “virtuosa” tra diritto della concorrenza e diritto del lavoro, che si ritroverà poi anche nel Trattato di Roma. Solo che nel Trattato di Parigi quel legame è così forte, che una parte importante del (già di per sé esiguo) diritto sovranazionale del lavoro coincide *tout court* col diritto della concorrenza: è, cioè, esso stesso – a ben guardare – null’altro che una forma di regolazione della concorrenza transnazionale, a sua volta funzionale alla protezione dei diritti del lavoro nazionali da “indebite” pressioni del mercato comune.

Tornando comunque al Trattato di Roma, è indubitabile come – nella prospettiva evidenziata – il diritto del lavoro comunitario si ponesse in funzione servente e sussidiaria rispetto all’economia

G. LYON-CAEN, *Le droit du travail*, cit., p. 6, l’immagine del diritto del lavoro come insieme di regole e istituzioni “a doppio senso e tutte reversibili, che possono coincidere con gli interessi degli imprenditori o con quelli dei lavoratori a seconda che le si presenti sotto un aspetto oppure l’altro”.

³⁹ Vedi *retro*, al par. 3 della parte prima.

⁴⁰ Dove l’art. 68 – che apriva il Capo III del Titolo III, rubricato “Salari e spostamenti di mano d’opera” – seguiva immediatamente l’art. 67, intitolato alle “Violazioni delle condizioni di concorrenza”, e con tale norma era strettamente collegato in virtù degli espressi rinvii ad essa fatti.

politica del mercato comune⁴¹, in quanto appunto strumentale al corretto funzionamento di questo. È però altrettanto evidente come esso si ponesse, nello stesso modo, come strumento di protezione (delle soluzioni più avanzate realizzate nell'ambito) dei sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri.

Laddove si fossero ravvisati effettivi rischi *dumping* sociale, l'intervento eteronomo del livello di governo comunitario avrebbe infatti garantito il rispetto dello *standard* più alto, esemplando sul modello più avanzato l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri e così scongiurando il pericolo che la liberazione delle forze del mercato comune potesse divenire fonte di rovinose corse all'abbassamento delle tutele.

Non c'è, in questo, a ben vedere, nell'astratto modello normativo originariamente accolto dal Trattato di Roma, alcuna significativa differenza rispetto alla logica d'azione del diritto di fonte OIL⁴². Non pare, perciò, cogliere nel segno – almeno rispetto a tale fase sorgiva di impostazione delle basi teoriche del diritto comunitario del lavoro – la contraria opinione, di recente autorevolmente espressa⁴³, secondo cui l'ispirazione (e poi gli stessi contenuti normativi) dell'ordinamento regionale europeo segnerebbero un sostanziale allontanamento dalla logica di intervento dell'Organizzazione internazionale del lavoro. Quest'ultima – si fa rilevare – avrebbe da sempre ad oggetto situazioni di “monopsonio strutturale”, tipiche della prima fase dello sviluppo capitalistico, e in cui “la distorsione è causata dall'unicità, nel mercato del lavoro locale, dell'impresa che cerca manodopera, a fronte di un'offerta largamente sovrabbondante”⁴⁴; sarebbe, quindi, coerentemente volta a reagire alle stesse mediante il tradizionale intervento protettivo del lavoratore come parte debole del rapporto, realizzato con l'imposizione di *standard* minimi di trattamento inderogabili, volti tendenzialmente a generalizzare i livelli più elevati di tutela. Il diritto comunitario del lavoro – prodotto in (e di) una fase più avanzata e matura dello sviluppo industriale – avrebbe inteso invece sin dall'origine reagire alle meno gravi e diverse distorsioni che si determinano in situazioni di “monopsonio dinamico”, le quali sono principalmente causate da problemi di asimmetria informativa a svantaggio del lavoratore. Per questo, esso avrebbe

⁴¹ In termini, quasi testualmente, LORD WEDDERBURN, *Freedom*, cit., p. 387; e vedi pure, nello stesso senso, tra gli altri, S. SCIARRA, *From Strasbourg*, cit., pp. 4 e 5.

⁴² In termini simili M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, pp. 162-163.

⁴³ Cfr. P. ICHINO, *Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo*, in *DIR*, 1999, pp. 295 ss., cui adde, da ultimo, ID., *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *MCR*, 2000, pp. 635 ss.

⁴⁴ Così P. ICHINO, *Diversità*, cit., p. 295.

sin dall'inizio centrato il suo intervento, piuttosto che sul tradizionale armamentario protettivo del diritto del lavoro (i. e. sugli *standard* minimi inderogabili di tutela), su misure correttive consistenti "nell'attivazione di servizi di informazione, formazione professionale e assistenza alla mobilità nel mercato, capaci di incrementare la possibilità di scelta del lavoratore (quella che negli ultimi anni ha preso a essere indicata col termine *employability*) e quindi il suo potere negoziale effettivo"⁴⁵. Il diritto comunitario del lavoro avrebbe invece rinunciato, sostanzialmente *ab ovo*, a qualunque obiettivo di vera e propria armonizzazione "nel progresso".

Senonché, per quanto sin qui detto, non pare convincentemente sostenibile che l'ispirazione di fondo del diritto comunitario del lavoro – che non a caso molto doveva proprio alle indicazioni provenienti dal gruppo di esperti dell'OIL presieduto da Bertil Ohlin – fosse, almeno alle origini, realmente diversa da quella fatta propria e patrocinata, in ambito globale, dalla predetta Organizzazione⁴⁶.

La *ratio anti-dumping* degli *standard* di tutela che la CEE avesse (pur eccezionalmente) dovuto imporre agli Stati membri, ravvicinando verso l'alto le rispettive legislazioni del lavoro, non appare realmente diversa da quella che doveva primariamente (benché, certo, non esaustivamente)⁴⁷ ispirare quelli fissati dall'OIL. Né, soprattutto, apparivano diversi tecniche e obiettivi di intervento⁴⁸. L'idea di fondo era quella della fissazione di *standard* imperativi di tutela attraverso l'armonizzazione nel progresso delle normative sociali nazionali. L'armonizzazione avrebbe, certo, dovuto essere, in primo luogo, spontaneamente favorita e sospinta dal libero operare delle stesse forze del mercato comune ed essere, comunque, limitata ai casi eccezionali. Ma tali casi avrebbero nondimeno imposto il forte intervento eteronomo della CEE⁴⁹.

⁴⁵ Ivi, p. 296.

⁴⁶ Cfr. LORD WEDDERBURN, *Freedom*, cit., pp. 387 ss.; S. DEAKIN, *Labour Law as Market Regulation: Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, pp. 63 ss.; B. HEPPEL, *New Approaches to International Labour Regulation*, in *ILJ*, 1997, pp. 353 ss.

⁴⁷ Cfr., ad es., di recente, N. VALTICOS, G. VON POTOBSKY, *International Labour Law*, Deventer – Boston, 1995, pp. 20 ss.; H. G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *International Labour Law: Renewal or Decline?*, in B. VON MAYDELL, A. NUSSBERGER, *Social Protection by Way of International Law. Appraisal, Deficits and Further Development*, Berlin, 1996, pp. 19 ss.

⁴⁸ Si trattava comunque delle tecniche del diritto del lavoro protettivo, fondato sulla norma inderogabile (*sub specie*, qui, dell'armonizzazione allo *standard* di tutela più elevato), che è ovviante il modello dominante – in tutti gli Stati membri – negli anni della formazione della CEE.

⁴⁹ Cfr. U. MÜCKENBERGER, S. DEAKIN, *From Deregulation*, cit., p. 155.

Semmai, l'armonizzazione "funzionalista"⁵⁰ realizzata dalla CEE – stante la maggiore omogeneità di partenza dei livelli di sviluppo dei suoi partecipanti – si sarebbe dovuta senz'altro attestare su *standard* medi di tutela più elevati di quelli perseguibili dall'OIL su scala planetaria, avvalendosi, in ogni caso, della superiore "imperatività" e "costrittività" propria della fonte sovranazionale. Pare dunque corretto concludere, sul punto, che il Trattato di Roma, come già quello di Parigi, aveva posto diritto (comune) della concorrenza e diritto del lavoro in relazione di (pacifica) "coesistenza e complementarità"⁵¹. Da un lato, infatti, esisteva tra diritto comune della concorrenza⁵² e diritti del lavoro nazionali una chiara e generalmente accettata relazione di reciproca "non interferenza" o "indifferenza", nel senso che i secondi erano pacificamente esclusi dalla sfera di operatività del primo. Dall'altro, e senza alcuna contraddizione con questo primo postulato, essendo entrambi funzionalmente diretti a preservare l'autonomia dei sistemi nazionali di "diritto sociale", lo stesso diritto comunitario del lavoro veniva essenzialmente concepito come strumento di organizzazione di leali ed eque condizioni di concorrenza all'interno del mercato comune.

3.- L'infiltrazione del diritto della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali rappresenta, perciò, un evidente fattore di rottura del complesso (e certamente instabile) equilibrio al riguardo diviso dal Trattato istitutivo.

Benché qui interessi soprattutto indagare – anche nel dettaglio dei suoi aspetti tecnici – i motivi della crisi del primo postulato di quell'originario assetto compromissorio, è evidente come lo stesso risulti superato – nell'ambito delle profonde trasformazioni intervenute nell'economia politica comunitaria specialmente a partire dalla metà degli anni Ottanta – pure nel secondo dei suoi elementi portanti.

"Non c'è dubbio – è stato infatti autorevolmente rimarcato – che l'Atto Unico Europeo del 1986 abbia segnato un allontanamento

⁵⁰ Come la definisce M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU *et al.* (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, pp. 3 ss., specialmente p. 22 (ora anche in ID., *Opere*. Vol. I. *Scritti sul metodo e sull'evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, pp. 377 ss.).

⁵¹ Così G. LYON-CAEN, *Le droit du travail*, cit., p. 91.

⁵² Inteso ancora una volta in senso lato, e cioè "includendo qui nel termine il diritto rivolto a costituire un libero mercato tra gli Stati membri" (LORD WEDDERBURN, *Freedom*, cit., p. 377).

dal postulato della complementarità tra concorrenza e politica sociale comunitaria⁵³.

Abbandonando nella sostanza – come si è già avuto modo di ricordare nella prima parte di questo studio⁵⁴ – il principio dell'armonizzazione forte verso l'alto dei sistemi sociali nazionali, l'Atto Unico Europeo (AUE) incrina, invero, quella stretta relazione di complementarità tra diritto del lavoro comunitario ed organizzazione di eque condizioni di concorrenza nel mercato comune, che appunto costituiva l'altro tratto qualificante del modello originario. E se ciò, da un lato, contribuisce, in una certa misura, ad affrancare la politica sociale comunitaria dalla originaria logica economicistica, di mera strumentalità alle esigenze della regolare costruzione del mercato comune⁵⁵, e giustifica, anzi, la fissazione (a partire dal "vecchio" art. 118A) d'una sua autonoma base normativa, per quanto inizialmente parziale e ristretta, dall'altro lato comporta, almeno in linea di principio, la rinuncia all'utilizzo della regolazione sovranazionale in funzione della protezione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro dalle pressioni della dinamica concorrenziale.

È stato detto che, con "l'abbandono della iniziale concezione [...] della equalizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro", l'AUE avrebbe addirittura incorporato l'idea d'una concorrenza intracomunitaria direttamente "basata sulla riduzione dei costi della manodopera", capovolgendo così l'approccio del Trattato istitutivo e introiettando nella dinamica di funzionamento del mercato unico una logica di "dumping sociale tollerato, incoraggiato"⁵⁶.

Anche a non voler accogliere una siffatta radicale lettura del significato intrinseco dell'AUE⁵⁷, pare nondimeno certo che il dissolvimento di quell'iniziale legame di complementarità ha contribuito a rendere più fragile anche l'immunità del diritto sociale nazionale dal diritto comunitario della concorrenza e del mercato, nella misura in cui lo ha maggiormente esposto alla pressione proveniente dalla accresciuta dinamica competitiva accesa dal completamento del mercato "senza frontiere interne". Riguardate dalla prospettiva divenuta ormai dominante dopo l'AUE, le discipline nazionali del lavoro e della sicurezza sociale

⁵³ S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, *Community Labour Law: A Critical Introduction to its History*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community*, cit., pp. 1 ss., qui p. 9.

⁵⁴ Vedi *retro*, par. 7 della parte prima.

⁵⁵ O, se si vuole, di "sottomissione al processo di integrazione mercantile", come si esprime P. DAVIES, *The Emergence*, cit., p. 346, ripreso, sul punto, anche da B. HEPPLER, *Social Values and European Law*, in *CLP*, 1995, pp. 39 ss., specialmente p. 45.

⁵⁶ G. LYON-CAEN, *L'infiltration*, p. 319.

⁵⁷ Come suggerisce, ad esempio, B. BERCUSSON, *European Labour Law in Context: A Review of the Literature*, in *ELJ*, 1999, pp. 87 ss., specialmente p. 95.

hanno così potuto più facilmente apparire, ed essere effettivamente concettualizzate e ricostruite, come concreti ostacoli ad una libera e non distorta circolazione delle merci e dei servizi nel mercato unificato o, ancora, come un'ingiustificata alterazione del gioco concorrenziale all'interno di questo. Da presupposto o precondizione per lo svolgersi di una sana dinamica concorrenziale, il diritto del lavoro diviene così "un freno allo sviluppo economico"⁵⁸ e all'espansione del mercato interno.

Ad un tale esito – che, all'evidenza, mette immediatamente in discussione quel primario postulato di reciproca "non interferenza" tra i due ordini normativi, col quale si è esordito – ha, tuttavia, prima ancora e più direttamente contribuito la straordinaria vis espansiva nel frattempo assunta – nei termini cui si è più volte accennato e che ora conviene vedere più da vicino – dalle disposizioni che costituiscono l'architrave della costruzione giuridica del mercato europeo unificato, basato sui principi della libera concorrenza. A cominciare, come vedremo subito, da quella che ha progressivamente connotato la disposizione che è stata giustamente definita la pietra angolare della costituzione economica comunitaria⁵⁹ e che difatti ha, di questa, più precocemente svelato le potenzialità "liberalizzatrici": l'art. 30 (ora 28) del TCE.

4.- È stato di recente rilevato – nell'ambito d'una acuta rivisitazione delle diverse fasi storiche della complessa e stratificata vicenda interpretativa dell'art. 30 del TCE⁶⁰ – come in realtà gli esordi della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee non lasciassero affatto intravedere gli impetuosi sviluppi cui ci ha poi abituato la sempre più estesa e (almeno sino a tempi recenti) pressoché incontrollata applicazione, nelle più svariate ipotesi di regolazione pubblica del mercato da parte degli Stati membri, della famosa "formula *Dassonville*".

Nella sentenza che inaugura quello che Joseph Weiler ha chiamato il "periodo fondativo" di tale giurisprudenza, la Corte di Giustizia accolse, invero, un'interpretazione relativamente stretta, e piuttosto "conservatrice"⁶¹, della nozione di "misura di effetto equivalente"

⁵⁸ G. e A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Paris, 1993, p. 183.

⁵⁹ Si veda soprattutto il già ricordato contributo di M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998.

⁶⁰ Cfr. J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 349 ss.

⁶¹ Ivi, p. 354.

(nella specie, ai dazi doganali all'importazione o all'esportazione, ex art. 12, oggi 25, del TCE)

In *Statistical Levy*⁶², la Corte era stata chiamata dalla Commissione a giudicare della legittimità di una tassa imposta dalla Repubblica italiana in misura eguale su merci importate ed esportate, al fine di finanziare la raccolta di dati statistici sul commercio estero in Italia. La Commissione aveva sostenuto che la tassa – che di per sé, come reclamato dal Governo italiano, non sarebbe stata né discriminatoria né protezionistica – integrasse in ogni caso gli estremi di una misura avente effetto equivalente ai dazi doganali.

La Corte in effetti accolse il ricorso della Commissione, statuendo che “un onere pecuniario, sia pur minimo, imposto unilateralmente, a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura e che colpisce le merci nazionali o estere in ragione del fatto che varcano la frontiera, se non è un dazio doganale propriamente detto, costituisce una tassa di effetto equivalente ai sensi degli artt. 9, 12, 13 e 16 del Trattato, anche se non sia riscosso a profitto dello Stato, non abbia alcun effetto discriminatorio o protezionistico e il prodotto colpito non sia in concorrenza con un prodotto nazionale”. Per quanto possa sembrare apparentemente ispirata al medesimo rigore, “alla stessa logica e ad una retorica simile”⁶³, *Statistical Levy* è, in realtà, assai lontana dall'anticipare l'approccio seguito dalla Corte in *Dassonville*⁶⁴. Quest'ultima – sancendo la celebre massima secondo cui “ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative” – non rappresenta affatto “la naturale e lineare estensione di *Statistical Levy*, ma segna al contrario un deciso allontanamento dalla stessa”⁶⁵. Compie anzi un'operazione ermeneutica del tutto opposta a quella effettuata in *Statistical Levy*.

Statistical Levy si iscrive in un contesto interpretativo di tipo tradizionale, fa proprie categorie usualmente impiegate nell'applicazione degli accordi di liberalizzazione del commercio interstatale. Nel sanzionare quella che in realtà appariva una tipica tassa di effetto equivalente ai dazi all'importazione o all'esportazione, si premura anche di chiarire con nettezza che la relativa nozione “non comprende i tributi che colpiscono allo stesso modo, all'interno dello Stato, i prodotti nazionali similari o

⁶² Corte di Giustizia CE, causa 24/68, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1969, p. 193.

⁶³ Ancora J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 358.

⁶⁴ Corte di Giustizia CE, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville*, in *Racc.*, 1974, p. 837.

⁶⁵ J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 358.

comparabili, o che, quanto meno, in mancanza di prodotti del genere, rientrano nell'ambito di un tributo interno generale, ovvero hanno lo scopo di compensare, entro i limiti previsti dal Trattato, tributi interni del genere"⁶⁶. Con ciò la Corte distingue nettamente "tra norme che regolano l'accesso al mercato e norme che sovrintendono alla regolazione del mercato, reputando che le prime debbano incentrarsi sul concetto di ostacolo, mentre le seconde debbano essere fondate su quello di discriminazione"⁶⁷. E per quanto detta distinzione non riesca sempre facile in pratica, non c'è dubbio che essa si ispiri ad una logica che accomuna, nella sostanza, la CEE ad altri regimi internazionali di libero scambio commerciale, come il GATT. E che riflette, perciò, come ha ancora limpidamente sottolineato Weiler, "una visione convenzionale e conservatrice della libertà del commercio interstatale"⁶⁸, nella quale alla ferma proibizione di pratiche protezionistiche e discriminatorie, e quindi ad una indubbia restrizione dei poteri esercitabili dagli Stati in ordine ai prodotti importati, fa tuttavia da *pendant* una sostanziale libertà degli stessi quanto alle "scelte regolative in campo economico e sociale"⁶⁹, rilevanti su di un piano puramente "interno" e scevre, come tali, da profili discriminatori.

Dassonville compie, come detto, un'operazione di segno completamente diverso. Si allontana dall'approccio "tipo GATT" e dal modello di bilanciamento tra libero commercio internazionale e ampia autonomia statale nelle opzioni regolative nazionali ad esso sotteso (e molto probabilmente avuto in mente dagli stessi *conditores* comunitari), per imprimere all'art. 30 del Trattato un significato potenziale dotato di una straordinaria e virtualmente illimitata capacità pervasiva rispetto a *quelle stesse scelte* degli Stati membri. "Invece di affermare la distinzione à la GATT tra regolazioni che sbarrano l'accesso al mercato e regolazioni che operano all'interno del mercato senza però pregiudicare l'accesso dei prodotti importati, *Dassonville* unifica e confonde i due tipi di regolazione, applicando ad entrambi il medesimo divieto di introdurre ostacoli ingiustificati al libero mercato, anche se privi d'effetti discriminatori o protezionistici"⁷⁰.

Si tratta di un momento di svolta fondamentale nella costruzione del mercato comune e delle linee portanti della stessa costituzione economica della Comunità. Svolta poi sanzionata e perfezionata da altre celebri sentenze della generazione successiva, che hanno

⁶⁶ Punto 11 della sentenza.

⁶⁷ J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 354.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ivi*, p. 357.

⁷⁰ *Ivi*, pp. 358-359.

consentito la piena maturazione degli effetti potenziali della "formula *Dassonville*".

La stessa celeberrima sentenza in causa *Cassis de Dijon*⁷¹ - passata alla storia (forse impropriamente) per l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, poco più tardi posto dalla Commissione a base dell'intero progetto del mercato interno⁷² - si iscrive in realtà in pieno nel solco tracciato dalla capostipite ed è anzi diretta a fornire una risposta ad alcune questioni aperte da questa, confermandone, in ogni caso, l'*acquis* fondamentale.

La conseguenza più rilevante della giurisprudenza *Dassonville*, ai fini che qui interessano, è che essa "espande in maniera drammatica il numero e il tipo di casi nei quali gli Stati membri sono chiamati a giustificare le scelte sociali compiute nella regolazione del mercato e della sfera pubblica"⁷³.

Nella misura in cui il criterio che presiede all'applicazione dell'art. 30 si allontana dal *test* di (anche indiretta) discriminazione, si riducono, all'evidenza, le barriere allo *spill over* delle regole in materia di libertà di circolazione praticamente in ogni area di regolazione pubblica del mercato, ivi incluse, come è ovvio, quelle istituzionalmente riservate ai diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali.

L'art. 30 del TCE diviene - soprattutto nelle mani degli operatori economici che agiscono su scala comunitaria, i più "naturalmente" interessati a massimizzarne gli effetti di liberalizzazione - uno strumento utilmente invocabile, all'interno di strategie processuali sapientemente elaborate, non solo per garantire l'accesso delle loro merci ai mercati degli altri Stati membri (e per favorire, quindi, l'integrazione di questi nel mercato comune), ma, sempre più spesso, per assicurarsi un accesso al mercato *tout court*, al fine di guadagnare una maggiore libertà economica⁷⁴.

È stato convincentemente argomentato che la Corte non fosse in realtà mossa da alcuna specifica ideologia liberalizzatrice, ma fosse piuttosto istituzionalmente interessata, nel nome della *polity* europea, a dotare del massimo effetto utile la disposizione giustamente ritenuta l'architrave dell'intera costruzione del

⁷¹ Corte di Giustizia CE, causa 120/78, *Rewe-Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.*, 1979, p. 649.

⁷² Cfr., per tutti, K. J. ALTER, S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial Politics in the European Community - European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, in *CPS*, 1994, pp. 535 ss.

⁷³ J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 363.

⁷⁴ M. POIARES MADURO, *Never on a Sunday - What Has (EU) Law Got to Do with It?*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford-Portland, 2001, p. 273.

mercato comune⁷⁵. È innegabile, tuttavia, che – almeno nella percezione prevalente negli ambienti economici interessati a farne un uso “strategico” e “attivo” – l’art. 30 si sia di fatto prestato a divenire strumento utile per mettere direttamente in discussione una gamma sempre più ampia di interventi regolativi degli Stati membri, anche laddove in essi apparisse più tenue, o addirittura inesistente, un concreto collegamento con la libertà degli scambi intracomunitari. Appare innegabile, cioè, che, almeno in termini simbolici, il significato del messaggio diffuso attraverso la massima espansione della sfera di applicazione dell’art. 30 (e la conseguente necessità di costruire strettamente le relative deroghe), “contenesse un intrinseco pregiudizio conservatore o, come minimo, una presunzione in favore del libero commercio, capace di creare un *ethos* per il quale *qualunque* ostacolo al libero scambio fosse in qualche modo improprio e dovesse, pertanto, essere giustificato”⁷⁶.

Attraverso l’art. 30 la Corte di Giustizia viene così chiamata a decidere ad un tempo quale sia il livello di governo competente a regolare il mercato, se quello comunitario o quello nazionale, e quale sia lo stesso livello appropriato di regolazione pubblica del mercato⁷⁷. Ed è evidente come l’interpretazione accolta tenda inevitabilmente a pre-orientare il giudizio della Corte nella duplice direzione della espansione delle competenze comunitarie a scapito di quelle nazionali e del rafforzamento dei meccanismi di decisione/allocazione determinati direttamente dal mercato a scapito di quelli guidati dal processo politico, secondo logiche in ipotesi diverse da quelle della massimizzazione dell’efficienza allocativa delle risorse produttive⁷⁸.

È corretto, perciò, ritenere che la giurisprudenza *Dassonville/Cassis de Dijon* abbia sostanzialmente trasformato l’art. 30 – ben al di là di quella che poteva apparire la (pur ambigua) volontà cristallizzata nella norma dai padri fondatori – “in un formidabile strumento di redistribuzione di potere dagli Stati membri alle istituzioni comunitarie e dai processi di decisione politica al mercato”, nella misura in cui con essa “si sposta in ultima istanza sulla Corte il compito di delimitare i confini della

⁷⁵ È, questa, come si è già avuto modo di rammentare nel par. 8 della parte prima, la lettura proposta, con un solido impianto argomentativo, da M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., specialmente pp. 61 ss.

⁷⁶ J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 363.

⁷⁷ Vedi, diffusamente, soprattutto M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., pp. 35 ss., nonché ID., *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, in *ELJ*, 1997, pp. 55 ss.

⁷⁸ Cfr., al riguardo, per utili spunti di carattere generale, E. ALFANDARI, *Droit et rapports entre l'“économique” et le “social”*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, cit., pp. 31 ss.

regolazione statale e [...], promuovendo la competizione regolativa, si affida al mercato e non ai decisori politici nazionali o comunitari la scelta del livello ottimale di regolazione”⁷⁹.

Il forte ampliamento delle competenze (regolative) comunitarie non risiede solo nel decisivo ruolo di arbitraggio al riguardo assunto dalla Corte di Giustizia (e, indirettamente, e all'ombra di questa, dalla Commissione), ma nella stessa espansione del campo d'applicazione dell'art. 100 e, quindi, dell'art. 100a del Trattato, che risultano senz'altro attivabili proprio laddove la misura legislativa nazionale, pur costituendo *prima facie* un ostacolo secondo la formula *Dassonville*, sia tuttavia giustificabile (se discriminatoria) alla luce delle deroghe espresse di cui all'art. 36 ovvero (se indistintamente applicabile) delle “esigenze imperative” comunque invocabili alla stregua di *Cassis de Dijon*⁸⁰.

È evidente, tuttavia, almeno dal punto di vista qui in rilievo, e specie se si considera il carattere solo residuale o subordinato dell'allargamento delle competenze legislative ex artt. 100 e 100a, come l'elemento decisivo sia costituito proprio dalla straordinaria espansione del ruolo di aggiudicazione costituzionale della Corte di Giustizia.

⁷⁹ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 54.

⁸⁰ Cfr., sul punto, J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 362. Come è noto, l'invocabilità delle deroghe espresse di cui all'art. 36 ovvero di quelle non numerate introdotte da *Cassis de Dijon* dipende dalla natura della misura statale in contestazione. Se la misura controversa va qualificata come formalmente discriminatoria, essa potrà essere giustificata, e perciò dichiarata compatibile col divieto di cui all'art. 30, unicamente se rientra nell'ambito di applicazione delle deroghe tassativamente indicate dall'art. 36. Se invece si tratta di una misura indistintamente applicabile, si potrà fare ricorso al più ampio ventaglio di esigenze di interesse generale ammesse – in via “atipica” – dalla giurisprudenza della Corte. Ad ogni modo, per essere compatibili col diritto comunitario, “i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da imperiosi motivi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo” (Corte di Giustizia CE, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, I, p. 4165, al punto 37). Tecnicamente, secondo una distinzione giustamente definita sofistica e causidica da Weiler, le esigenze imperative, a differenza delle deroghe contenute nell'art. 36, non sarebbero vere e proprie eccezioni, in quanto la loro funzione sarebbe propriamente quella di definire, in positivo, le ipotesi in cui l'art. 30 non trova applicazione. In altre parole, allorché il comportamento di uno Stato membro sia ascrivibile alla *rule of reason* enunciata da *Cassis de Dijon*, le relative misure dovranno considerarsi al di fuori del raggio d'azione del diritto comunitario. Non pare tuttavia dubitabile che, in pratica, entrambi i suddetti ordini di giustificazioni (vuoi di carattere espresso, vuoi di carattere tacito) funzionino come eccezioni a una regola e vadano per questo applicati strettamente. Si vedano anche P. DAVIES, *Market*, cit., p. 54, e C. BARNARD, *Sunday Trading: A Drama in Five Acts*, in *MLR*, 1994, p. 449.

Questa si colloca istituzionalmente al centro di “sostanziali dilemmi politici”, si pone come “arbitro di delicate scelte sociali, volte a riconciliare le esigenze del mercato con quelle, concorrenti, perseguite dalle politiche sociali [nazionali]”⁸¹.

Non si tratta soltanto (o forse tanto) di dilemmi regolativi di per sé impropri e eccessivi per la Corte di Giustizia, che viene invero con essi continuamente costretta ad esplorare e a mettere alla prova tutte le proprie risorse di legittimazione⁸².

Dilemmi regolativi del genere sono in realtà ricorrenti in (e in qualche modo tipici di) qualunque sindacato di legittimità sugli atti del legislatore: sono, cioè, immanenti alla logica propria del controllo di costituzionalità⁸³.

Essi si pongono, sotto questo profilo, alla Corte di Giustizia europea, nella misura in cui la stessa svolge una siffatta funzione⁸⁴, non diversamente da come si porrebbero, ed effettivamente si pongono⁸⁵, ad un giudice costituzionale nazionale.

⁸¹ J. H. H. WEILER, *The Constitution of the Common Market*, cit., p. 363.

⁸² Cfr. in particolare S. SIMITIS, *Dismantling or Strengthening Labour Law: The Case of the European Court of Justice*, in *ELJ*, 1996, p. 156; si confrontino inoltre le interessanti notazioni sociologico-giuridiche al riguardo proposte da J. GIBSON e G. A. CALDEIRA, *The European Court of Justice: A Question of Legitimacy*, in *ZR*, 1993, p. 204.

⁸³ Si veda, con prevalente riguardo all'esperienza italiana ma con argomenti certamente generalizzabili sul piano teorico, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁸⁴ In dottrina è ormai corrente l'analogia tra le funzioni che la Corte di Giustizia delle Comunità europee è venuta progressivamente acquisendo per il tramite dell'art. 177 nella sua vigorosa opera di costituzionalizzazione del Trattato istitutivo e le funzioni proprie di una corte costituzionale federale. In questo senso vedi, per tutti, recentemente, R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, London e New York, 1998, p. 21 ss., e – tra i giuslavoristi più attenti alle dinamiche dell'integrazione giudiziale, specie nel campo che ci occupa – R. FOGLIA, *Il ruolo della Corte di Giustizia e il rapporto tra giudice comunitario e i giudici nazionali nel quadro dell'art. 177 del Trattato (con particolare riferimento alle politiche sociali)*, in *DL*, 1999, I, p. 138. In argomento cfr., da ultimo, anche S. SCIARRA, *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, in EAD. (a cura di), *Labour Law in the Courts*, cit., pp. I ss., che mette, peraltro, giustamente in guardia contro un utilizzo eccessivamente disinvolto dell'analogia, la quale pure mantiene un'indubbia validità euristica. L'A. rileva in particolare come le sperimentate attitudini pre-federali dell'art. 177 vadano comunque sempre rigorosamente contestualizzate, cioè riferite alla originaria “specificità” e “diversità” dell'ordinamento comunitario, irriducibile a qualsivoglia modello federale, almeno di tipo classico o tradizionale. È in particolare la forma estremamente fluida e del tutto agerarchica di cooperazione a marcare la specificità dell'utilizzo dell'art. 177, quale strumento d'integrazione e di *law-making* inconfondibilmente proprio dell'ordinamento comunitario.

⁸⁵ I diritti sociali sembrano anzi offrire in tal senso un terreno particolarmente fertile e ricco di esempi. È stato autorevolmente osservato – con riguardo all'esperienza italiana (che, tra quelle europee, è come noto una delle più “generose” di riconoscimenti in materia) – che “costituzionalizzare un catalogo organico e dettagliato di diritti sociali significa trasformare la realizzazione dello

La questione cruciale è in realtà che la Corte di Giustizia entra in tali delicati giochi di bilanciamento di interessi e valori in conflitto, alla stregua di criteri che tendono a pre-assegnare una naturale prevalenza alle esigenze del mercato. Alla stregua di direttive interpretative (o, meglio, valutative), quindi, che non sempre collimano con quelle che presiedono ai "giochi di bilanciamento" resi possibili da quei sistemi costituzionali nazionali nei quali le libertà economiche non assurgono al medesimo rango di "fondamentalità" loro assegnato dalla giurisprudenza comunitaria e debbono, anzi, tendenzialmente cedere di fronte alle diverse istanze che attengono alla tutela della persona nella complessità e profondità delle sue relazioni sociali⁸⁶.
 È la logica del principio fondamentale della libera circolazione delle merci⁸⁷ a sbilanciare, nel senso testé evidenziato, i criteri di

Stato sociale, per il quale è prioritaria la decisione circa le risorse finanziarie disponibili, da questione di valutazione politica in questione di interpretazione costituzionale e di bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti, tra loro in concreto collidenti; significa, dunque, spostare in parte la competenza dal parlamento al potere giudiziario e in definitiva, attraverso l'incidente di costituzionalità, al giudice delle leggi" (L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, n. 1, pp. 1 ss., qui pp. 4-5). Il settore in cui più spesso la Corte costituzionale italiana è stata posta dinanzi a simili "dilemmi regolativi" è stato senza dubbio quello della previdenza sociale, giacché in tale ambito più che in altri si è rivelata tutta la problematicità "politica" del bilanciamento tra le (sovente contrapposte) esigenze dell'equilibrio dei conti pubblici, da un lato, e del rispetto del principio d'eguaglianza e d'adeguatezza (della prestazione previdenziale), dall'altro. Cfr. tra le altre, le analisi di C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996 e di A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, cui adde, per un più sintetico profilo, recentemente, M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, 1999, n. 1, p. 53; M. C. CAVALLARO, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *RP*, 2000, n. 14.

⁸⁶ Il tema verrà ripreso più ampiamente in seguito, con prevalente riferimento alle potenziali discordanze di valore e ai connessi conflitti di valutazione che posso sorgere in relazione alla costituzione italiana. Cfr., comunque, sin d'ora, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano, 1995, pp. 37 ss.

⁸⁷ Ma considerazioni simili possono essere ripetute per quello relativo alla libera circolazione dei servizi, che difatti tende ad essere sempre più frequentemente accomunato al primo nei concreti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si pensi alle vicende, sulle quali si ritornerà meglio *infra*, sfociate, il 28 aprile 1998, nelle sentenze *Decker* (causa C-120/95, in *Racc.*, 1998, I, p. 1831) e *Kohll* (causa C-158/96, in *Racc.*, 1998, I, p. 1935), l'una relativa all'art. 30, l'altra riguardante l'art. 59 del Trattato, ma, per l'appunto, del tutto "parallele" quanto a svolgimenti argomentativi ed esiti giudiziali. In dottrina, vedi, inoltre, per tutti, recentemente, S. O'LEARY, *Free Movement of Persons and Services*, in P. CRAIG, G. DE BÜRCA (a cura di), *The Evolution*, cit., pp. 377 ss., specialmente pp. 397 ss., nonché V. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *CMLR*, 2000, p. 43. Prospettive analoghe dischiude ora l'interpretazione particolarmente rigorosa data dalla Corte di Giustizia al principio della libertà di stabilimento ex art. 52 del TCE nella causa C-21/97, *Centros Ltd.*, in *Racc.*, 1999, I, p. 1459.

valutazione e di ponderazione degli interessi in gioco effettivamente disponibili alla Corte di Giustizia⁸⁸.

La valutazione degli "imperiosi motivi di interesse pubblico" ammessi dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon*⁸⁹ consente, senza dubbio, di dare ingresso ad interessi "altri" da quelli immediatamente tutelati dall'art. 30 del Trattato. Senonché è altrettanto evidente come il rigore con cui la Corte dà accesso a tali ordini di possibili giustificazioni della scelta regolativa compiuta dallo Stato membro – in termini tali da ostacolare, in atto o in potenza, il libero scambio all'interno del mercato comune – inclini a collocare le suddette esigenze in una malcerta posizione di tendenziale recessività. È innegabile, in tal senso, "il potenziale altamente distruttivo dei regimi regolativi nazionali" proprio del principio fondamentale posto a base dell'applicazione dell'art. 30⁹⁰.

Il sindacato del giudice comunitario coinvolge direttamente il merito della scelta compiuta dal legislatore nazionale; il *test* di bilanciamento è calibrato su una rigorosa (ed ampiamente discrezionale) analisi dei costi (economici) e dei benefici (sociali) della misura contestata⁹¹. I secondi – purché rispondenti ad imperative esigenze di interesse generale – vanno valutati non solo in confronto coi costi prodotti in termini di perdita di efficienza economica e di riduzione degli spazi della libertà di commercio, ma anche comparati, in omaggio al principio di proporzionalità, con tutte le possibili misure alternative che siano capaci, in quanto meno restrittive, di garantire il conseguimento d'un beneficio netto maggiore⁹². Come è stato esattamente puntualizzato, lo "*standard di strict scrutiny*" così impiegato dalla Corte "fa insorgere una richiesta di giustificazione dell'operato del legislatore nazionale molto rigorosa, in quanto occorre che: a) il fine sociale perseguito risponda non a un mero criterio di opportunità politica, ma di

⁸⁸ L'osservazione ha, come è ovvio, una valenza generalizzabile all'intero discorso sull'infiltrazione del diritto comunitario del mercato e della concorrenza in ambiti sempre più lontani dal suo terreno d'origine e, segnatamente, in quelli occupati dai sistemi nazionali di "diritto sociale"; essa verrà perciò ripresa e sviluppata anche in seguito.

⁸⁹ Per qualche più precisa indicazione vedi alla precedente nota 80; per ulteriori ragguagli sulla ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. ad ogni modo anche G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, pp. 269 ss.

⁹⁰ P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Systems?*, in *CMLR*, 1997, pp. 571 ss, qui p. 587, il quale prosegue puntualizzando che quello in parola "è in effetti un principio altamente deregolativo. Il diritto comunitario consente allo Stato ospitante di continuare ad applicare la propria regolamentazione ai produttori nazionali, ma nella misura in cui i prodotti stranieri, non soggetti a tale regime, non possono di regola essere esclusi, la disciplina nazionale diviene sottoposta ad un *market test*".

⁹¹ Vedi principalmente M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., pp. 49 ss.

⁹² Ivi, p. 58.

necessità; b) che, comunque, non sia possibile applicare misure alternative di minore ostacolo agli scambi⁹³.

Tali essendo le premesse, non sorprende, allora, come nei casi in cui a confrontarsi col *test* imposto dall'art. 30⁹⁴ si siano trovate – a partire in buona sostanza dalla seconda metà degli anni Ottanta – misure legislative nazionali riguardanti materie più o meno tradizionali e significative della regolazione dei rapporti di lavoro o dei sistemi di sicurezza sociale, il bilanciamento operato dalla Corte sia apparso imperfetto o elusivo, quando non nascosto o senz'altro negato⁹⁵.

Il poizore *status* di diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 30 alla libertà di commercio⁹⁶, rende

⁹³ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 54 (il corsivo figura nell'originale).

⁹⁴ Ma si tratta di osservazione senz'altro estensibile – come si è già detto e si cercherà di dimostrare nei paragrafi successivi – anche alle altre ipotesi di infiltrazione del diritto della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali. Si pensi soltanto – per fare subito un esempio che non potrà essere approfondito in questo studio – al sempre più difficile rapporto tra le tradizionali misure di sostegno finanziario all'occupazione e la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, nei termini in cui essa ha cominciato ad essere rigorosamente applicata dalla Commissione, con l'avallo della Corte di Giustizia, a partire essenzialmente dai primi anni Novanta (vedi, in generale, per le indicazioni più importanti, la sintesi offerta da G. MELIADÒ, *Concorrenza e politiche sociali*, in A. BAYLOS GRAU et al. [a cura di], *Dizionario*, cit., pp. 281 ss., specialmente pp. 287 ss.; e la nota di A. ALAIMO, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *DML*, 1999, p. 126, a commento della sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nella causa C-52/97, *Viscido c. Ente Poste*). Il caso forse più eclatante di elusione, o forse meglio di negazione, del bilanciamento, nell'ambito dell'ormai vasto filone di controversie in materia, è costituito dalla recente decisione – impugnata dal Governo italiano e attualmente *sub judice* – con cui la Commissione ha parzialmente dichiarato incompatibili col divieto ex artt. 92 (ora 87) e seguenti del TCE gli sgravi contributivi concessi dalla normativa nazionale per le assunzioni effettuate mediante contratto di formazione e lavoro (la decisione della Commissione dell'11 maggio 1999, n. 2000/128/CE, può essere letta in *DCSI*, 2000, n. 2, p. 331, con commenti critici di R. VUILLERMOZ, *Gli interventi per l'occupazione nella disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato*, e di F. FERRARO, *Contratti di formazione e lavoro e aiuti di Stato all'occupazione*, ivi, rispettivamente pp. 343 e 367 ss.). Anche in tal caso, la Commissione appare infatti completamente immersa in quella logica “conseguenzialista”, tendenzialmente costruita a misura delle sole esigenze dell'efficienza economica e dell'ortodossia concorrenziale, i cui limiti e rischi sono stati posti in luce da A. LYON-CAEN, *Le financement public d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire?* (*CJCE* 26 septembre 1996), in *DS*, 1997, pp. 185 ss., specialmente p. 187.

⁹⁵ Cfr., in tal senso, soprattutto P. DAVIES, *Market*, cit., pp. 51 e 66 ss.; M. POIARES MADURO, *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 449 ss.

⁹⁶ Vedi, a titolo d'esempio, Corte di Giustizia CE, causa 240/83, *Procureur de la République c. ADBHU*, in *Racc.*, 1985, pp. 531 ss., specialmente a p. 548. In dottrina, per utili argomenti di discussione sul punto – vuoi adesivi, vuoi critici nei confronti della giurisprudenza della Corte – cfr., rispettivamente, E.-U.

incerte e precarie le situazioni giuridiche o i valori oggettivi, protetti dal diritto nazionale, che a questa si contrappongono o che, comunque, con la stessa sono chiamati a confrontarsi.

I dialoghi sempre più fittamente intrecciati dalla Corte di Giustizia con comunità giudiziarie nazionali tutt'altro che passive nel recepire gli stimoli e gli impulsi provenienti da Lussemburgo⁹⁷, rivelano invero abbastanza chiaramente un tale "sbilanciamento" del significato e del concreto contenuto normativo dei "messaggi" veicolati per il tramite dell'art. 30 del Trattato istitutivo. Sono in effetti molto frequenti i casi di uso strategico di rinvii pregiudiziali accortamente pilotati da ristrette e molto ben individuate e motivate "comunità di interessi e di attori"⁹⁸. Si registrano anzi percentuali significativamente elevate di strategie processuali incentrate sulla massima espansione dell'"effetto utile" dell'art. 30 e coordinate - anche a livello transnazionale - dai medesimi soggetti economici col supporto di una agguerrita assistenza legale al fine precipuo di superare limiti o ostacoli "non graditi", frapposti dalla legislazione nazionale (la celebre *Sunday Trading Saga* costituisce uno degli esempi più interessanti dell'attivismo in tal senso dimostrato da uno dei più solerti "*repeat players*" apparsi sulla scena)⁹⁹.

I rischi "di strumentalizzazione della Corte di Giustizia europea ai fini della risoluzione di dispute regolative nazionali"¹⁰⁰ sono più che evidenti.

È alla luce di questo contesto che vanno apprezzati gli sforzi posti in essere dalla Corte di Giustizia per porre un freno a tali tentativi ed arginare, così, il crescente disagio provocatole - in termini

PETERSMANN, *National Constitutions and International Economic Law*, in M. HILF, E.-U. PETERSMANN (a cura di), *National Constitutions and International Economic Law*, Deventer - Boston, 1993, pp. 3 ss., e C. JOERGES, *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and New Constitutional Perspective*, in *ELJ*, 1997, pp. 378 ss., specialmente pp. 381-382. Entrambi gli autori sottolineano, sia pure da punti di vista come detto diversi, come la più solida giustificazione teorica della supremazia così accordata dal diritto comunitario alle libertà economiche sia ancor oggi rinvenibile nella tradizione del pensiero economico-giuridico ordoliberal tedesco (per ulteriori spunti in argomento vedi comunque *retro*, par. 8 della parte prima, nonché, *infra*, il capitolo conclusivo).

⁹⁷ Vedi in particolare, quanto allo specifico tema in discussione, M. POIARES MADURO, *Never on a Sunday*, cit., pp. 283 ss.

⁹⁸ ID., *We, The Court*, cit., p. 30.

⁹⁹ Cfr. R. RAWLINGS, *The Eurolaw Game: Some Deductions from a Saga*, in *JLS*, 1993, vol. 20, n. 3, p. 309, da cui mutuo l'espressione impiegata nel testo; e vedi pure C. BARNARD, *Sunday*, cit., p. 450, che - sempre a proposito dei casi (britannici) relativi alla chiusura domenicale degli esercizi commerciali (e al conseguente divieto lavorativo) - parla di "una campagna orchestrata" da parte di talune grandi società di distribuzione. *Adde*, infine, A. ARNULL, *What Shall We Do on Sunday*, in *ELR*, 1991, p. 112.

¹⁰⁰ S. SIMITIS, *Dismantling*, cit., p. 173.

anzitutto di legittimazione sostanziale della propria attività – dalla crescente politicizzazione del suo ruolo¹⁰¹.

I segnali di quella che – dopo *Keck e Mithouard*¹⁰² – è apparsa ai più una netta inversione di tendenza da parte della Corte, sono in realtà già ben visibili negli ultimi atti della *Sunday Trading Saga*. Sin dal suo esordio, peraltro, l'Avvocato generale Van Gerven aveva chiaramente avvertito la Corte dell'elevato rischio che essa avrebbe corso nell'addentrarsi "in settori in cui sono state effettuate scelte politiche per cui il diritto comunitario non appresta o non fornisce assolutamente criteri di valutazione", proponendo perciò di "eludere, per quanto possibile, una tale valutazione dei provvedimenti nazionali analoghi a quello di cui trattasi nel caso specie mediante un'interpretazione dell'art. 30 conforme al Trattato"¹⁰³. È ben noto come la Corte non abbia subito seguito il prudente suggerimento dell'Avvocato generale e si sia invece risolta ad "un pieno ritiro" dal delicatissimo groviglio di questioni aperte dalla valutazione della legittimità comunitaria del divieto di apertura (e quindi di lavoro) domenicale degli esercizi commerciali, "affermando che nei casi in parola non veniva in rilievo alcuna violazione dell'art. 30 del Trattato"¹⁰⁴, soltanto dopo che si erano verificate le prime conseguenze negative di questo nuovo episodio di *spill over* della disposizione¹⁰⁵ ed in risposta alla chiara chiamata alla "assunzione di responsabilità" ad essa proveniente dalla *House of Lords*¹⁰⁶.

¹⁰¹ La politicizzazione del ruolo della Corte – dovuta alla traslazione delle questioni regolative dal processo politico-democratico nazionale a quello che si svolge nell'agone giudiziario sovranazionale – costituisce l'altra faccia della medaglia della giudizializzazione delle dispute politiche "interne" da parte degli attori interessati a superare, o meglio a "bypassare", blocchi o *impasse* del processo politico nazionale. Cfr., sul punto, in termini generali, R. DEHOUSSE, *The European Court*, cit., pp. 97 ss., nonché, con più specifico riguardo ai temi qui in esame, le stimolanti riflessioni di A. LO FARO, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *LD*, 1998, pp. 621 ss., specialmente p. 649.

¹⁰² Corte di Giustizia CE, cause riunite C-267/91 e C-268/91, in *Racc.*, 1993, I, p. 6097.

¹⁰³ Così nelle conclusioni rese nella causa C-145/88, *Torfaen Borough Council*, in *Racc.*, 1989, p. 3851, al punto 33.

¹⁰⁴ P. DAVIES, *Market*, cit., p. 52.

¹⁰⁵ Come ricorda M. POIARES MADURO, *Never on a Sunday*, cit., p. 274, "la temporanea deregolamentazione del commercio domenicale fu comunque efficace nel produrre una revisione delle politiche nazionali in materia, in quanto portò all'adozione, da parte delle autorità inglesi, di nuove regole, favorevoli a quanti avevano interesse all'apertura domenicale degli esercizi".

¹⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia CE, causa C-169/91, *Stoke-on-Trent*, in *Racc.*, 1992, I, p. 6635, con cui la Corte ha appunto espressamente statuito, rispondendo alle precise richieste della *House of Lords*, la legittimità della disciplina in contestazione ai sensi dell'art. 30 del TCE. La Corte ha quindi mantenuto fermo il principio in successive pronunce, rispondendo ad analoghe questioni nel frattempo sollevate anche da altre giurisdizioni nazionali; vedi, anche per i

Quel "ritiro" preannuncia in qualche modo la "svolta" che la Corte avrebbe impresso con la sentenza *Keck e Mithouard*. Anche in questo caso la Corte era stata posta di fronte al quesito di fondo scaturente dall'espansione incontrollata della sfera d'applicazione del principio della libera circolazione delle merci: "L'art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi comunitari ovvero una norma destinata più in generale a promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale nei singoli Stati membri?"¹⁰⁷.

Che la Corte avverta la necessità impellente di sottrarsi al crescente disagio derivante dalla proliferazione dell'uso "strumentale" dell'art. 30¹⁰⁸ e di segnalare la precisa volontà di una inversione di rotta, appare furori discussione. "Considerato che gli operatori economici invocano sempre più frequentemente l'art. 30 del Trattato al fine di contestare qualsiasi normativa che, pur non riguardando i prodotti provenienti da altri Stati membri, produca l'effetto di limitare la loro libertà commerciale, la Corte - si afferma perentoriamente nella sentenza (al punto 14) - reputa necessario riesaminare e precisare la propria giurisprudenza in materia".

La Corte affida il difficile compito di recuperare il necessario equilibrio nell'applicazione dell'art. 30 all'introduzione della figura delle (misure riguardanti le) "modalità di vendita" delle merci, quale ipotesi in linea di massima esulante dalla sfera di applicazione della norma. Da un lato, gli ostacoli derivanti, in assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, dall'assoggettamento delle merci provenienti da altri Stati membri, in cui siano legalmente fabbricate e messe in commercio, a norme che dettino *requisiti* ai quali le merci stesse debbano rispondere, continuano a integrare misure ad effetto equivalente vietate dall'art. 30, anche quando tali norme siano indistintamente applicabili a tutti i prodotti e laddove il suddetto assoggettamento

necessari riferimenti, M. ROCCELLA, "Ricordati di santificare le feste". Note sulla questione del riposo domenicale, in ID., *La Corte di Giustizia*, cit., pp. 85 ss.

¹⁰⁷ Si tratta dell'interrogativo col quale l'Avvocato generale Tesauro ha assai significativamente aperto le conclusioni presentate il 27 ottobre 1993 nella causa C-292/92, *Hüntermund* (in *Racc.*, 1993, I, p. 6800); conclusioni che hanno verosimilmente influenzato la decisione poco dopo assunta dalla Corte in *Keck e Mithouard*, in cui, come noto, veniva in questione la conformità all'art. 30 del (parziale) divieto di rivendita sottocosto stabilito, con comminatoria di sanzioni penali, dalla legge francese. La stessa sentenza *Hüntermund* ha, a sua volta, confermato il principio statuito pochi giorni prima in *Keck e Mithouard*, con specifico riferimento agli atti adottati da un'organizzazione professionale del settore farmaceutico al fine di disciplinare, sul piano deontologico, l'attività degli iscritti.

¹⁰⁸ Cfr. in tal senso, più di recente, anche C. BARNARD, I. HARE, *Police Discretion and the Rule of Law: Economic Community Rights versus Civil Rights*, in *MLR*, 2000, pp. 581 ss., specialmente p. 587.

non risulti giustificato da finalità d'interesse generale tali da prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci. Dall'altro lato, non può, per contro, costituire ostacolo al commercio tra gli Stati membri, secondo la formula *Dassonville*, l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune *modalità di vendita*, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale, ed incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti nazionali e esteri.

La giurisprudenza *Dassonville* e *Cassis de Dijon* non risulta, perciò, del tutto abbandonata, o addirittura rovesciata o sconfessata. *Keck* ha piuttosto "ristretto l'applicazione di *Cassis de Dijon* alle misure concernenti i requisiti dei prodotti e reinterpreto *Dassonville* solamente con riguardo alle misure volte a limitare o proibire certe modalità di vendita degli stessi"¹⁰⁹. Alle prime continua ad applicare, come prima, il *balance test*¹¹⁰; alle seconde, invece, un *test* che riporta indubbiamente "la discriminazione nuovamente nel cuore dell'interpretazione dell'art. 30"¹¹¹.

La successiva evoluzione della giurisprudenza comunitaria sull'art. 30¹¹² ha in qualche modo confermato la previsione di quanti avevano ritenuto che la "riforma" attuata da *Keck* – seppur idonea a esercitare un qualche freno sull'uso della norma quale "mezzo di impugnazione" di qualunque regola nazionale volta a restringere la libertà di commercio – non avrebbe, di per sé, aumentato il tasso di certezza giuridica in questa cruciale area del diritto comunitario né ridotto granché il carico di lavoro della Corte¹¹³.

Ed è – non a caso – ancora il "contenzioso sociale" costruito sull'art. 30 a rivelare, con particolare nitidezza, la *persistente dinamica espansiva* della libertà fondamentale da essa garantita e la non superata difficoltà tuttora incontrata dalla Corte di Giustizia nel trovare un'adeguata base di bilanciamento con gli interessi che si contrappongono a quelli a tutt'oggi prioritariamente tutelati dalla norma.

¹⁰⁹ M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., p. 79, che, coerentemente, ritiene *Keck* "più una riforma che una rivoluzione".

¹¹⁰ Vedi G. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 287.

¹¹¹ M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., p. 78; vedi, in termini simili, S. WEATHERILL, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, in *CMLR*, 1996, pp. 885 ss.

¹¹² Per una diffusa e aggiornata analisi della quale, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt "Keck et Mithouard"*, in *RDUE*, 2000, n. 2, pp. 395 ss.

¹¹³ Vedi ancora M. POIARES MADURO, *Keck: The End? The Beginning of the End? Or Just the End of the Beginning?*, in *IJEL*, 1994, p. 30.

Si è già accennato in precedenza alla vicenda oggetto della causa *Commissione c. Repubblica francese*¹¹⁴, come pure a quella decisa con la sentenza *Decker*.

Nel primo caso la Commissione lamentava la violazione dell'art. 30 da parte della Francia per non avere questa adempiuto all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari a impedire gli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti dagli atti di vandalismo, di minaccia o di interdizione posti in essere, nel suo territorio, nell'arco di oltre un decennio, da movimenti rivendicativi di agricoltori francesi contro prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri (e in special modo dalla Spagna). È noto che la Corte, nell'accogliere il ricorso della Commissione, ha affermato l'innovativo principio per cui, "in quanto mezzo indispensabile per la realizzazione del mercato senza frontiere interne, l'art. 30 del Trattato non soltanto vieta i provvedimenti di origine statale che, di per sé, creano restrizioni al commercio fra gli Stati membri, ma può anche applicarsi qualora uno Stato membro abbia omesso di adottare i provvedimenti necessari per far fronte a ostacoli alla libera circolazione delle merci dovuti a cause non imputabili allo Stato", l'omissione potendo infatti rappresentare, in tali evenienze, un ostacolo non diverso da quello provocato da un *facere*. L'art. 30 impone perciò agli Stati membri "non solo di non adottare direttamente atti o comportamenti tali da costituire un ostacolo agli scambi, ma anche, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire sul loro territorio il rispetto della libertà fondamentale costituita dalla libera circolazione delle merci".

La pronuncia si segnala non solo, e non tanto, per la forte riaffermazione della dottrina *Dassonville*¹¹⁵, quanto, soprattutto, per la significativa, e del tutto inedita¹¹⁶, estensione dell'ambito soggettivo d'applicazione dell'art. 30, ora riferito, grazie al congiunto richiamo all'art. 5 (oggi 10) del TCE, anche alle azioni (impeditive) poste in essere da privati¹¹⁷. E si segnala, in particolare, dal punto di vista che qui più interessa, per la oggettiva forza che nella stessa sembra nuovamente innervare la "libertà di commercio *tout court*"¹¹⁸, quale principio fondamentale dell'ordine

¹¹⁴ Corte di Giustizia CE, causa C-265/95, in *Racc.*, 1997, I, p. 6959.

¹¹⁵ Vedi L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La jurisprudence*, cit., p. 401.

¹¹⁶ In precedenza, per giurisprudenza consolidata, veniva pacificamente ritenuto che il termine "misura" di cui all'art. 30 coprisse (solo) "qualsiasi atto, azione o comportamento che sia riferibile ai pubblici poteri (e dunque non ai semplici privati)" (L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 1995, p. 39).

¹¹⁷ Lo rileva giustamente G. ORLANDINI, *Libertà di circolazione delle merci: un limite "comunitario" al conflitto sindacale*, in *DLRI*, 1999, pp. 623 ss., specialmente p. 628.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 629.

comunitario, come tale senz'altro idoneo a prevalere sulle contrapposte istanze di libertà del conflitto collettivo, in ipotesi garantite dall'ordinamento nazionale.

Come segnalato da attenta dottrina, l'ampiezza delle formule impiegate dalla Corte nel sanzionare *ex art. 30* qualunque comportamento capace di determinare un clima di insicurezza o di incertezza che abbia "un effetto dissuasivo sulle correnti di scambio nella loro globalità"¹¹⁹, è infatti tale da essere "utilizzat[a] per ipotesi che vanno ben al di là dei puri e semplici atti di vandalismo sulle merci"¹²⁰, per essere estesa, potenzialmente, anche a forme di conflitto sindacale o collettivo del tutto legittime alla stregua dell'ordinamento nazionale ed eventualmente da questo riconosciute come espressione di una libertà o di un diritto fondamentale dei lavoratori¹²¹. Nell'evidente "tensione tra libertà economiche e autotutela collettiva"¹²², le prime tendono *naturaliter* a prevalere sulla seconda. Il bilanciamento con posizioni giuridiche soggettive, quali appunto quelle relative allo sciopero, che, soprattutto "nelle tradizioni costituzionali mediterranee"¹²³, assurgono al rango di diritti sociali fondamentali, avviene in maniera nascosta, o meglio è, per così dire, "rimosso" in radice, per la preminenza tendenzialmente assoluta accordata – sulla base d'una scala di valori esattamente invertita rispetto a quella accolta dalle dette tradizioni costituzionali – alla libertà del commercio intracomunitario. La possibilità del bilanciamento è recuperata solo grazie all'intervento compensativo del legislatore sovranazionale, che – pur ratificando il deciso allargamento dei confini materiali e soggettivi dell'art. 30 – sconsiglia, o quantomeno riduce, tuttavia, i più pericolosi effetti corrosivi di un'incondizionata affermazione della libertà di commercio quale limite comunitario al conflitto sindacale, statuendo espressamente che la nuova disciplina d'ispirazione pretoria non può essere intesa "in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero"¹²⁴.

¹¹⁹ Così al punto 53 della sentenza.

¹²⁰ G. ORLANDINI, *Libertà*, cit., p. 632.

¹²¹ Cfr. F. BORGOGELLI, *Diritto di sciopero*, in BAYLOS GRAU *et al.* (a cura di), *Dizionario*, cit., pp. 203 ss.

¹²² G. ORLANDINI, *Libertà*, cit., p. 645.

¹²³ Ivi, p. 647.

¹²⁴ Così l'art. 2 del regolamento n. 2679 del 1998, sul quale vedi, oltre a G. ORLANDINI, *Libertà*, cit., pp. 661 ss., anche A. MATTERA, *Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur: le règlement 2679/98*, in *R MUE*, 1999, n. 2, p. 9. Il primo autore si dimostra tuttavia assai scettico sulla garanzia stabilita dall'art. 2 del regolamento, di cui pure non sottovaluta il valore simbolico riveniente dal riconoscimento dello sciopero come diritto (o libertà) fondamentale. Il limite principale della disposizione (che sul punto andrebbe peraltro "rivalutata" alla luce della Carta di Nizza) consisterebbe

Per quanto si iscriva in un filone concettuale probabilmente non altrettanto innovativo rispetto a quello esplorato da *Commissione c. Francia*, la vicenda giudiziaria culminata nella sentenza *Decker*¹²⁵ appare non meno significativa della precedente nello svelare le intatte potenzialità espansive – *in casu* a danno dei consolidati equilibri dei sistemi nazionali di sicurezza sociale – della libertà di commercio ex art. 30 del TCE.

L'uso strategico di tale norma al fine di superare limiti e strozzature regolative posti dagli Stati membri coll'intento principale di tenere sotto controllo la spesa pubblica in campo sanitario, non è, per vero, del tutto nuovo. Ciò che appare inedita è, semmai, l'efficacia dimostrata più di recente dall'utilizzo dell'art. 30 (e dell'art. 59) del TCE – diversamente da quanto era dato ancora riscontrare ad esempio con la sentenza *Duphar* del 1984¹²⁶ – nell'avversare uno dei principi (direi quasi dei "postulati istituzionali") più saldi in materia: quello della riserva pressoché assoluta di competenza degli Stati membri nell'organizzazione finanziaria dei rispettivi sistemi di sicurezza sociale e di protezione pubblica della salute in specie.

In *Decker* veniva in discussione la legittimità, ai sensi di detta disposizione, dell'obbligo (o, meglio, dell'onere) di previa autorizzazione da parte del competente ente previdenziale nazionale (la lussemburghese *Caisse de maladie des employés*

nel fatto che con essa "non solo non ci si muove verso una ricerca di garanzie minime uniformi per l'esercizio delle libertà sindacali nell'Unione, ma anzi si accentuano e si radicalizzano le diversità" (*Libertà*, cit., p. 663). Si può tuttavia osservare come lo scopo essenziale della disposizione fosse in realtà quello di dare un espresso riconoscimento al "controlimite" derivante – nei confronti dello *spill over* della libertà di scambio – dal diritto (o dalla libertà) di sciopero, siccome garantito dagli ordinamenti (costituzionali) nazionali. E come un tale riconoscimento – obbligando la Corte a espresse, e sicuramente più trasparenti, operazioni di bilanciamento tra valori costituzionali in ipotesi conflittuali ma comunque ora sanciti *tutti* a livello comunitario – possa invero indirettamente contribuire all'emersione (per via giurisprudenziale) di uno *standard* europeo di tutela del diritto di sciopero (vedi meglio *infra*, al par. 16).

¹²⁵ Per i riferimenti, si veda *retro*, alla nota 84. Per una diffusa analisi della stessa (e della coeva sentenza *Kohll*) vedi: P. MAVRIDIS, *Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'État de son choix?*, in *DS*, 1996, p. 1086; ID., *Une libéralisation des soins de santé? Un premier diagnostic après les arrêts Kohll et Decker*, *ivi*, 1999, p. 172; ID., *Libéralisation des soins de santé en Europe: un premier diagnostic*, in *RMUE*, 1998, n. 3, p. 145; A. P. VAN DER MEI, *Cross-Border Access to Medical Care within the European Union – Some Reflections on the Judgements in Decker and Kohll*, in *MJ*, 1998, p. 277; R. GIESEN, in *CMLR*, 1999, p. 841; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la seguridad social: la sentencia "Decker"*, in *RDCE*, 1999, n. 5, p. 129; A. BOSCO, *Are National Social Protection Systems Under Threat? Observations on the Recent Case Law of the Court of Justice*, *Groupe d'Etudes et de Recherches Notre Europe – European Issues*, n. 7/2000.

¹²⁶ Corte di Giustizia CE, causa 238/82, *Duphar BV*, in *Racc.*, 1984, p. 523.

privés), al fine di ottenere il rimborso delle spese mediche effettuate in un altro Stato membro per l'acquisto di un paio d'occhiali correttivi, debitamente prescritti da un oculista¹²⁷. La misura legislativa nazionale – accusata di costituire un ostacolo non giustificato alla libera circolazione delle merci ex art. 30 – ricalcava, senza significative variazioni, come in particolare ben avvertito dall'Avvocato generale Tesaro nelle sue conclusioni, lo schema della norma corrispondentemente contenuta nell'art. 22 del regolamento n. 1408/71 e a questa, anzi, intendeva asseritamente ispirarsi.

Nell'affermare la contrarietà della normativa lussemburghese agli artt. 30 e 36 del TCE – quale ostacolo alla libera circolazione delle merci nel mercato interno –, la Corte è piuttosto netta nel precisare che essa, a dispetto di quanto sostenuto dai governi intervenuti nel giudizio, non è giustificabile “né da un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale [...], né da motivi di sanità pubblica, al fine di garantire la qualità dei prodotti medici forniti agli assistiti dagli Stati membri”¹²⁸. Le suddette esigenze imperative, in astratto certamente idonee a giustificare le misure contestate, non sono perciò concretamente invocabili nella specie. La Corte è del resto altrettanto chiara nel precisare – quanto al primo e più significativo ordine di giustificazioni – che avrebbe cittadinanza soltanto un grave rischio di alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema¹²⁹, rischio la cui valutazione compete comunque ai giudici comunitari, sulla base dei consueti canoni di (stretto) scrutinio dagli stessi al riguardo impiegati e con onere della prova ovviamente a carico dello Stato membro interessato¹³⁰.

Essa è inoltre *tranchante* nello statuire che “la circostanza che la normativa nazionale oggetto della causa principale rientri nell'ambito previdenziale non vale ad escludere l'applicazione dell'art. 30 del Trattato”¹³¹.

L'affermazione svuota di reale contenuto, conferendole il sapore dell'omaggio ormai solo rituale, la premessa – ribadita appunto con

¹²⁷ In *Kohll* la contestazione riguardava, in termini del tutto analoghi, la legittimità, stavolta ex art. 59 del TCE, della mancata concessione d'una autorizzazione, chiesta da un assicurato lussemburghese in nome e per conto della figlia minore, al fine d'ottenere la presa a carico dell'ente previdenziale d'appartenenza di cure ortodontiche da effettuarsi in un altro Stato membro.

¹²⁸ Così la massima ufficiale della sentenza. *Kohll* giunge – con riferimento all'art. 59 del TCE – a conclusioni del tutto corrispondenti.

¹²⁹ Vedi il punto 39 della sentenza e le considerazioni proposte da L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Aplicación*, cit., p. 139.

¹³⁰ Nel senso che spetta allo Stato membro provare che l'autorizzazione preventiva è indispensabile per mantenere in equilibrio il sistema previdenziale; vedi P. MAVRIDIS, *Une libéralisation*, cit., p. 173.

¹³¹ Così al punto 25 della sentenza.

poca convinzione sulla scorta di *Duphar*¹³² e d'una tralaticia giurisprudenza sul regolamento n. 1408/71¹³³ – secondo cui “il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali” e che, “di conseguenza, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, da un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto alle prestazioni”¹³⁴.

La competenza è in realtà direttamente menomata e limitata dal diritto del mercato transnazionale. La sfera di piena sovranità garantita al riguardo agli Stati membri nell'assetto originario dei trattati è ora direttamente “incapsulata”¹³⁵ dall'art. 30, con effetti “che possono avere conseguenze alquanto “de-strutturanti” rispetto allo *status quo* istituzionale e organizzativo”¹³⁶, specie se si considera l'incertezza (e l'opacità) che circonda (e caratterizza) le elusive operazioni di bilanciamento sino ad oggi compiute – in materie così delicate e politicamente sensibili – dalla Corte di Giustizia.

La Corte mostra peraltro una maggior cautela quadro a ricadere nella sfera di applicazione delle libertà di circolazione garantite dal Trattato sono le prestazioni sanitarie ospedaliere. Di fronte ai più consistenti rischi di alterazione dell'equilibrio finanziario dei sistemi sanitari e previdenziali nazionali, implicati in tale evenienza, la Corte non ha infatti negato la legittimità, ai sensi dell'art. 59 del TCE, dell'obbligo di previa autorizzazione da parte della competente istituzione, onde poter fruire in altro Stato membro di servizi ospedalieri rimborsati dall'ente assicurativo nazionale¹³⁷.

Essa ha tuttavia rigorosamente ristretto i margini di discrezionalità cui può essere condizionata l'autorizzazione¹³⁸, anche in tal caso

¹³² Ma anche della non lontana pronuncia resa in causa C-70/95, *Sodemare*, in *Racc.*, 1997, I, p. 3395, punto 27.

¹³³ Vedi, anche per i riferimenti giurisprudenziali, F. PENNINGS, *Introduction to the European Social Security Law*, The Hague – London – Boston, 1998, p. 8.

¹³⁴ Punti, rispettivamente, 21 e 22 della sentenza.

¹³⁵ M. FERRERA, *Integrazione europea*, cit., p. 408. P. MAVRIDIS, *Le citoyen*, cit., p. 1086, non nasconde il pericolo che l'eventuale radicalizzazione della tendenza, insita nella logica dell'art. 30 (e dell'art. 59) del TCE, a incrinare il fondamentale principio di territorialità della sicurezza sociale, possa “portare un duro colpo alla nozione di servizio pubblico”, in questo cruciale ambito dei *Welfare State* nazionali.

¹³⁶ M. FERRERA, *Integrazione europea*, cit., p. 411.

¹³⁷ Vedi Corte di Giustizia CE, causa C-157/99, *Smits*, non ancora pubblicata, del 12 luglio 2001.

¹³⁸ Vedi anche Corte di Giustizia CE, causa C-368/98, *Vanbraekel e altri*, non ancora pubblicata, del 12 luglio 2001.

“incapsulando” la competenza in tal modo riservata agli Stati membri entro i limiti imposti dal principio di proporzionalità.

Il pieno assorbimento della sicurezza sociale nella sfera di applicazione della libertà di circolazione di merci e servizi, a dispetto dell'autonomia e della discrezionalità formalmente riconosciuta in tal ambito agli Stati membri, riveste inevitabilmente potenzialità “destrutturanti” che eccedono, con ogni probabilità, gli stessi, pur lodevoli, sforzi di bilanciamento e di contemperamento tra le diverse istanze in gioco, compiuti dalla Corte di Giustizia¹³⁹.

5.- La vicenda interpretativa delle norme sulle quali si fonda il diritto comune della concorrenza *stricto sensu* rivela – anche ad un’osservazione superficiale – un andamento molto simile a quello che ha segnato la progressiva espansione del raggio applicativo dell’art. 30 del TCE.

Anche in questo caso, si assiste ad un convergente movimento di superamento dei confini segnati dal “patto fondativo”; movimento che tende a fare della concorrenza, inizialmente relegata al ruolo di “categoria giuridico-economica delle relazioni tra produttori (...), [il] modello ordinante ogni relazione avente rilievo economico”¹⁴⁰. In tal caso sono le stesse fonti comunitarie primarie a esprimere il senso del radicale cambiamento di prospettiva rispetto alle origini: è stato giustamente detto che “il Trattato di Maastricht, inserendo all’art. 3 g) tra gli obiettivi dell’Unione quello di raggiungere “un regime di concorrenza non falsata” all’interno dell’area della Comunità, ha attribuito alla libertà di concorrenza un rango diverso da quello attribuito alle altre libertà”¹⁴¹.

Gli osservatori sono concordi nel ritenere – pur con accenti e valutazioni diverse – che il *focus* della politica comunitaria in materia di concorrenza si sia progressivamente spostato, nel corso degli anni, da un obiettivo di integrazione dei mercati nazionali in quello comune, ad un obiettivo di promozione dell’efficienza del mercato in quanto tale, attraverso la riconduzione dello stesso al principio della concorrenza “non falsata”¹⁴².

In tale prospettiva, non sembra scorretto affermare che quella che è stata evocativamente chiamata la “svolta pubblicistica” (“*the public turn*”)¹⁴³ dell’intervento comunitario in tema di concorrenza, abbia in qualche misura segnato, a partire dalla seconda metà degli

¹³⁹ In tal senso M. FUCHS, *Free Movement of Services and Social Security – Quo Vadis?*, dattiloscritto (2002).

¹⁴⁰ L. DI VIA, *Considerazioni sulle “mobili frontiere” del diritto della concorrenza*, in *CIE*, 2000, n. 1, pp. 1 ss., qui a p. 2.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 1.

¹⁴² Cfr. fra gli altri D. J. GERBER, *The Transformation*, cit., pp. 98 ss.

¹⁴³ *Ivi*, p. 137.

anni Ottanta, pur senza abbandonare del tutto il primo obiettivo, ma piuttosto assorbendolo e inglobandolo o se si vuole superandolo nel secondo, il punto di trapasso dall'uno all'altro.

Raggiunto, con l'AUE, l'obiettivo della creazione del grande mercato interno virtualmente unificato, la lotta alle distorsioni concorrenziali originate dalla perdurante presenza – in tutti i maggiori paesi membri ad eccezione dell'Inghilterra thatcheriana – di ampi monopoli pubblici ovvero, comunque, di penetranti forme di intervento dello Stato su settori chiave delle economie nazionali, diviene ad un tempo strumento di concretizzazione del processo di unificazione mercantile e di promozione, nel suo ambito, d'una concorrenza non falsata.

Come è stato esattamente rilevato, "sin dalla metà degli anni Ottanta l'attenzione della Commissione si è con intensità crescente spostata sui problemi dell'impatto del settore pubblico dell'economia sulla realizzazione del mercato unico, per la ovvia ragione che i settori pubblici nazionali e i monopoli statali diventavano in quel momento la principale incarnazione del vecchio modello di mercato frammentato secondo demarcazioni nazionali che era compito della Comunità distruggere. E per quanto la Commissione non abbia mai detto che la proprietà pubblica è come tale in contrasto col Trattato, essa ha comunque perseguito una vigorosa politica di liberalizzazione in nome dell'integrazione del mercato"¹⁴⁴.

Tale drastico spostamento del *focus* dell'intervento sostanziale del sistema – prima concentrato pressoché esclusivamente sui comportamenti dei soggetti privati ed ora prevalentemente diretto a contrastare l'interferenza dei governi sul processo competitivo – realizza, per quel che qui più conta, anche un profondo mutamento dei già analizzati equilibri originari tra diritto sovranazionale della concorrenza e diritti nazionali del lavoro.

Nell'economia del presente lavoro, sarà sufficiente verificare il significato del radicale cambiamento di rotta al riguardo operato – col supporto attivo della Corte di Giustizia – nell'interpretazione e nell'applicazione degli artt. 85, 86 e 90 (oggi 81, 82 e 86) del TCE. Considerazioni del tutto simili possono peraltro essere ripetute per la straordinaria enfasi attribuita dalla Commissione (e dalla stessa Corte), a far tempo dai primi anni Novanta, alla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, improvvisamente divenuta, dopo una lunga fase di pressoché totale "congelamento", uno degli ostacoli più acuti e pressanti allo sviluppo del tradizionale intervento economico (anticoncorrenziale) del "vecchio" Stato keynesiano¹⁴⁵.

¹⁴⁴ P. DAVIES, *Market*, cit., p. 69.

¹⁴⁵ Si tratta di un tema molto vasto e importante, che meriterebbe ben altri approfondimenti. Qui devo limitarmi a rinviare, oltre che alle poche indicazioni

Il tema sarà scandagliato più avanti, allorché verranno più da vicino analizzate due vicende in qualche modo paradigmatiche (non foss'altro che per la loro importanza pratica e teorica) di tale trasformazione dell'atteggiamento comunitario nei confronti dei monopoli pubblici (di carattere sociale). Appare però sin d'ora opportuno mettere in evidenza quelle che possono dirsi le principali "determinanti" di tale processo, che, nel suo insieme, può essere utilmente reso coll'immagine – forse un poco convenzionale ma efficace – della espansione in senso tanto oggettivo quanto soggettivo delle mobilissime frontiere applicative degli artt. 85 e segg. del TCE¹⁴⁶.

L'espansione dei confini *oggettivi* del diritto della concorrenza si è essenzialmente consumata, per quanto qui più rileva, attraverso il sostanziale rovesciamento dei termini d'applicazione dell'art. 90 del TCE, ovvero attraverso quella che un attento osservatore ha icasticamente definito "la rivoluzione di velluto"¹⁴⁷ compiuta nei primi anni Novanta dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione della norma.

Risvegliato dal "profondo sonno"¹⁴⁸ e dallo stato d'inoffensiva inapplicazione¹⁴⁹ o, ad esser più benevoli, di marginalità¹⁵⁰ in cui a lungo ha versato, l'art. 90 del TCE – rotti gli argini applicativi che ne avevano marcato il significato originariamente divisato dai padri fondatori della Comunità – è diventato infatti la chiave di volta della strategia di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale guidata dalla Commissione, col pieno appoggio della Corte di Giustizia, a partire dalla fine degli anni Ottanta¹⁵¹.

date in precedenza e soltanto per fare qualche titolo tra i più recenti, a: S. BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; A. FRIGNANI, M. WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, pp. 293 ss.; F. I. JENNY, *Competition and State Aid Policy in the European Community*, in *FILJ*, 1994, vol. 18, p. 525; J. WOUTERS, B. VAN HEES, *Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État*, in *RMUE*, 1999, n. 2, p. 35.

¹⁴⁶ Cfr. il sintetico profilo evolutivo in tale ottica tracciato da L. DI VIA, *Considerazioni*, cit., pp. 5 ss.

¹⁴⁷ A. GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sector*, in *ECLR*, 1995, p. 78.

¹⁴⁸ A. PAPPALARDO, *State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited*, in *ECLR*, 1991, pp. 29 ss., qui p. 30.

¹⁴⁹ C.-D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *CMLR*, 1992, pp. 257 ss., sul punto p. 264, ove si ricorda che la norma ha cominciato ad essere effettivamente applicata nell'ambito della più generale strategia di implementazione (e di liberalizzazione) del mercato unico solo dopo l'entrata in vigore dell'AUE.

¹⁵⁰ P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *MCR*, 1999, n. 1, pp. 127 ss., specialmente 129.

¹⁵¹ Si tratta di notazione assolutamente comune e del tutto pacifica nell'ambito della vastissima letteratura sull'argomento; si veda, tra i contributi più recenti, e senza alcuna pretesa di completezza, L. HANCHER, *Community, State, and*

Pur con l'inevitabile ambiguità lessicale delle norme di compromesso, l'art. 90 esprimeva in modo sufficientemente chiaro il senso di quella contraddittoria miscela tra liberismo e interventismo, tra libero mercato (transnazionale) e forte intervento pubblico nell'economia (nazionale), in cui si sostanzialmente l'originario equilibrio comunitario dell'*embedded liberalism*. Nell'apparenza ossimorica di quella che più tardi l'Avvocato generale Giuseppe Tesauro avrebbe definito la sua "chiara oscurità"¹⁵², l'art. 90 ribadiva, invero, con riguardo a monopoli pubblici e diritti esclusivi, quanto più in generale, ma meno sibillamente, stabiliva l'art. 222 in relazione ai regimi proprietari ammessi nell'ambito del mercato comune. I monopoli, così come la proprietà pubblica di imprese e mezzi di produzione, erano in sé pienamente legittimi; e su di essi la costruzione del mercato comune non avrebbe interferito in alcun modo, ma si sarebbe attenuta ad un principio di assoluta neutralità, salva la doverosa garanzia della Comunità – certamente posta sin dall'inizio dall'art. 90.1, ma come detto mai concretamente applicata fino a tempi relativamente recenti – contro gli eventuali comportamenti più apertamente abusivi degli Stati membri.

Come autorevolmente ricordato¹⁵³, l'art. 90, era perciò basato sull'assunto che gli Stati membri potessero, in realtà, del tutto liberamente concedere diritti esclusivi, con l'unico limite rappresentato dal divieto di porre in essere e applicare qualunque misura che permettesse alle imprese titolari degli stessi di "agire in maniera discriminatoria".

Il tenore complessivo del compromesso tra la volontà liberoscambista della creazione d'un mercato comune saldamente poggiato sulla (pur graduale) applicazione delle quattro libertà di circolazione ed il mantenimento di assetti istituzionali idonei ad assicurare il massimo controllo pubblico sulle economie nazionali, risultava, del resto, ulteriormente chiarito dall'art. 37 (oggi 31) del Trattato di Roma. Nell'imporre agli Stati membri l'obbligo di procedere "a un progressivo riordinamento dei monopoli nazionali

Market, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution*, cit., pp. 721 ss.; J.-F. AUBY, *Les services publics en Europe*, Paris, 1998, pp. 76 ss.; nonché, con più specifico riferimento all'influenza esercitata sul sistema italiano dall'evoluzione dell'ordinamento comunitario, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, pp. 33 ss.

¹⁵² Così al punto 1 dell'opinione resa in causa C-202/88, *Repubblica francese c. Commissione CE*, più nota come *Terminali di telecomunicazioni*, in *Racc.*, 1991, I, p. 1223 (la citazione si trova a p. 1239).

¹⁵³ Vedi G. AMATO, *Citizenship and Public Services – Some General Reflections*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 145 ss., qui p. 153, che parla, anzi, al riguardo, di una "non ambigua formulazione" della norma.

che presentano un carattere commerciale, in modo che venga esclusa, alla fine del periodo transitorio, qualsiasi discriminazione" fra i loro cittadini "per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi", tale disposizione lasciava infatti del tutto impregiudicate ed affatto libere le scelte politiche nazionali – all'epoca, peraltro, con poche distinzioni decisamente "orientate" in tale direzione – in ordine alla creazione di monopoli pubblici relativi alla *produzione* dei beni o dei servizi considerati di interesse generale¹⁵⁴.

La Corte – nelle rarissime occasioni in cui era stata chiamata, nel corso di tutti gli anni Sessanta e Settanta, ad occuparsi di questioni ricadenti nel triangolo disegnato dagli artt. 37, 90 e 222 del Trattato – era sempre stata molto netta nel riaffermare il principio di "neutralità" e di sostanziale "non interferenza comunitaria" posto in materia, con tali disposizioni, dai padri fondatori. In perfetta sintonia con la posizione assunta dalla stessa Commissione, i giudici comunitari avevano decisamente rimarcato il principio per cui "gli Stati membri erano liberi di conferire diritti esclusivi alle imprese per motivi di tutela di pubblici interessi di natura non economica" e giusta il quale, di conseguenza, "l'attribuzione di siffatti diritti non costituiva, di per sé, in alcun modo, violazione dell'art. 90.1"¹⁵⁵.

Nella sentenza *Sacchi* del 1974¹⁵⁶ – punto di riferimento obbligato ed infatti universalmente ricordato dai cultori della materia ai fini della comprensione dell'originario atteggiamento interpretativo di Commissione e Corte di Giustizia – quest'ultima, nel trovarsi ad affrontare per la prima volta il significato del rapporto tra gli artt. 90 e 86, stabili, col pieno sostegno dell'organo esecutivo sovranazionale, una *forte presunzione di legittimità in favore del monopolio pubblico in quanto tale*¹⁵⁷. Precisò, infatti, escludendo l'illegittimità dell'attribuzione da parte della Repubblica italiana a una società per azioni, quale la RAI, di diritti esclusivi in materia di trasmissioni televisive, che l'art. 90 non vieta – in quanto tale – di attribuire a determinate imprese siffatti diritti. E ciò in quanto "ai sensi del Trattato nulla osta a che gli Stati membri, per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extra-economico, sottraggano le trasmissioni radiotelevisive, comprese quelle via cavo, al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di

¹⁵⁴ Cfr., per tutti, A. GARDNER, *The Velvet*, cit., p. 78; A. PAPPALARDO, *State*, cit., p. 32; J. J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *RIDPC*, 1997, pp. 663 ss.

¹⁵⁵ A. GARDNER, *The Velvet*, cit., p. 78.

¹⁵⁶ Corte di Giustizia CE, causa 155-73, in *Racc.*, 1974, p. 409.

¹⁵⁷ Cfr. in tal senso, tra gli altri, A. GARDNER, *The Velvet*, cit., p. 79; P. FATTORI, *Monopoli*, cit., p. 132.

effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati”¹⁵⁸ ed eventualmente estendendo il contenuto dello stesso, qualora lo ritengano opportuno.

In tale prima, importante, occasione, l’interpretazione del combinato disposto degli artt. 86 e 90 porta, perciò, la Corte “a concludere che l’esistenza di un monopolio a favore di un’impresa cui lo Stato membro abbia conferito determinati diritti esclusivi non è di per sé incompatibile con l’art. 86”¹⁵⁹. L’assoggettamento delle imprese monopolistiche pubbliche alle regole della concorrenza è perciò inteso in termini assai restrittivi e, in buona sostanza, viene in linea di principio escluso.

L’impresa in situazione di monopolio legale restava pur sempre tenuta al rispetto dell’art. 86, non potendo in particolare porre in essere comportamenti di carattere discriminatorio, almeno “finché non [fosse] provato che ciò [fosse] incompatibile coi compiti affidati”¹⁶⁰ alla stessa ai sensi dell’art. 90.2. È però evidente come la decisa sottolineatura della presunzione di legittimità del conferimento di diritti esclusivi conducesse ad una naturale esenzione del soggetto dalle regole sulla libertà di concorrenza. “Il semplice motivo è che la nozione stessa di monopolio non è precisamente in linea con quella di concorrenza”¹⁶¹; ed una volta che si sia stabilita la presunzione che il monopolio è legittimo salvo che si accertino, da parte del giudice nazionale¹⁶², particolari abusi, è evidente come si sia già in linea di principio risolto il dilemma nel senso, appunto, della naturale esclusione delle regole concorrenziali. Il controllo delle istituzioni comunitarie rimane, così, tanto “esterno” quanto eventuale e remoto: si concentra, infatti, unicamente sull’ipotetico esercizio abusivo del diritto esclusivo, giammai sulla mera esistenza del monopolio pubblico.

In tal modo, la creazione di monopoli nazionali pubblici di servizi non veniva, quindi, di fatto assoggettata al diritto comunitario; e ciò nell’esatto senso che – in omaggio all’equilibrio di interessi che caratterizzò la prima fase dell’integrazione europea – essi “non

¹⁵⁸ Punto 14 della sentenza.

¹⁵⁹ *Ibidem*. Vedi, per una conferma per così dire *a contrario* del principio, anche Corte di Giustizia CE, causa C-59/75, *Manghera*, in *Racc.*, 1976, p. 91, in cui si precisa che il divieto (peraltro strettamente interpretato) *ex art. 37* del Trattato riguarda solo i monopoli nazionali di carattere commerciale, gli unici a incidere direttamente sulla libertà di scambio all’interno del mercato comune.

¹⁶⁰ Così in particolare al punto 15 della pronunzia in esame.

¹⁶¹ G. TESAURO, *Intervento pubblico nell’economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, n. 3, pp. 719 ss., qui a p. 725.

¹⁶² Vedi il punto 18 della sentenza: “Spetta al giudice nazionale l’accertare di volta in volta l’esistenza di abusi del genere, e alla Commissione il porvi rimedio nei limiti della sua competenza”.

venivano, di fatto, sottoposti alle regole della concorrenza e della libertà di movimento¹⁶³.

Risulta agevole, a questo punto, cogliere, alla luce di quanto precede, il significato di autentico *capovolgimento* degli originari equilibri politico-istituzionali ed interpretativi, siccome derivante, a far tempo dalla seconda metà degli anni Ottanta, e con intensità crescente nei primi anni del decennio successivo, dalla "scoperta"¹⁶⁴ o, come è stato ancora efficacemente detto, dal "rinnovamento" ("*renouveau*")¹⁶⁵ dell'art. 90 del Trattato da parte di Commissione e Corte di Giustizia¹⁶⁶.

Il capovolgimento di prospettiva sta tutto nella sostanziale inversione del senso originario della presunzione di legittimità del monopolio legale operata dalla Corte con l'invenzione della figura dell'abuso "inevitabile" o "automatico" della propria posizione dominante da parte dell'impresa monopolista¹⁶⁷. La svolta è chiaramente preannunciata dalla importante sentenza *Terminali di telecomunicazioni*¹⁶⁸, in cui la Corte – chiamata a giudicare della legittimità della direttiva 88/301/CEE adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 90.3 – aveva già significativamente precisato che, pur dovendosi ammettere che la norma presuppone l'esistenza di imprese concessionarie di determinati diritti speciali o esclusivi e, quindi, la tendenziale legittimità dei monopoli per tal via conferiti dallo Stato, "da ciò non consegue tuttavia che tutti i diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili col Trattato"¹⁶⁹, dovendosene in particolare verificare di volta in volta la compatibilità con le diverse norme cui lo stesso art. 90.1 fa rinvio. Mentre, così, da un lato veniva *formalmente* ribadita la presunzione di legittimità del monopolio pubblico o del conferimento di diritti speciali, dall'altro, e contestualmente, si ridimensionava sensibilmente tale affermazione, giacché si chiariva che il *fumus* di conformità al Trattato era soltanto relativo e che sarebbe spettato al

¹⁶³ J. J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli*, cit., p. 665.

¹⁶⁴ G. TESAURO, *Intervento*, cit., p. 724.

¹⁶⁵ R. KOVAR, *La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics*, in *EChron.*, luglio 1992, p. 1; allo stesso modo anche A. WACHSMANN e F. BERROD, *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *RTDE*, 1994, pp. 39 ss.

¹⁶⁶ Cfr. pure L. PASCAL, *Les apports de la Commission européenne et de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'identification des activités de service public*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo II, *Approche transversale et conclusions. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, pp. 103 ss.

¹⁶⁷ Vedi chiaramente C.-D. EHLERMANN, *Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community*, in *ECLR*, 1993, pp. 61 ss., specialmente p. 62.

¹⁶⁸ Già richiamata *supra*, alla nota 152.

¹⁶⁹ Così il punto 22 della sentenza.

giudice comunitario sottoporlo, di volta in volta e in relazione alle caratteristiche del caso concreto, ad attenta e scrupolosa verifica¹⁷⁰. In tal modo, come è stato esattamente rilevato, “sebbene sullo sfondo giuridico particolare legato alla verifica della legittimità dell'esercizio del potere “quasi normativo” della Commissione ex articolo 90.3, si affaccia anche la questione, che diverrà centrale nelle successive pronunce, relativa al legame che deve necessariamente intercorrere tra misura statale e comportamenti abusivi delle imprese ai fini dell'applicazione dell'art. 90, in termini di *induzione* all'abuso”¹⁷¹. Si affaccia così una questione che già contiene in sé il “germe” della dottrina dell'induzione (inevitabile) all'abuso, per il modo stesso in cui è configurato o strutturato dal legislatore nazionale il diritto speciale od esclusivo dell'impresa pubblica o monopolista.

La svolta, solo preannunciata in *Terminali di telecomunicazioni*, sarà compiuta poco più tardi con una storica quaterna di sentenze, tutte pronunciate su rinvio pregiudiziale a breve distanza l'una dall'altra¹⁷². È con esse – e specialmente con quella resa nella causa *Höfner e Elser c. Macrotron GmbH*, la quale non a caso segna uno dei momenti forse più acuti dell'infiltrazione del diritto della concorrenza nel corpo dei diritti del lavoro nazionali – che la Corte di Giustizia fissa i contorni della nuova categoria dell'abuso inevitabile o automatico di posizione dominante da parte del monopolista pubblico o del concessionario di diritti speciali.

L'essenza della nuova dottrina – senza entrare per ora in dettagli tecnici sui quali ci si soffermerà meglio in seguito – può essere così sintetizzata: posto che, ex art. 5 (oggi 10) del TCE, costituisce obbligo degli Stati membri non emanare o mantenere in vigore provvedimenti che possano pregiudicare l'effetto utile delle disposizioni in tema di concorrenza – il combinato disposto degli artt. 86 e 90.1 risulta violato quando l'impresa beneficiaria di un diritto esclusivo è indotta, *col semplice esercizio di tale diritto*, a sfruttare in modo abusivo la posizione dominante di cui viene a godere o, ancora, quando il conferimento del diritto in parola è idoneo a determinare una situazione tale da *indurre necessariamente* l'impresa che ne è titolare ad abusare della propria posizione dominante sul mercato comune.

¹⁷⁰ Si vedano, in tal senso, pure le già citate conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro, punti 23 ss.

¹⁷¹ P. FATTORI, *Monopoli*, cit., p. 133 (il corsivo figura nell'originale).

¹⁷² Si tratta delle sentenze rese dalla Corte di Giustizia CE nelle cause: C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron GmbH* (del 23 aprile 1991), in *Racc.*, 1991, I, p. 1979; causa C-260/89, *Elleniki Radiophonia Tileorasi [ERT] AE* (del 18 giugno 1991), *ivi*, p. 2925; C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (del 10 dicembre 1991), *ivi*, p. 5889; C-18/88, *Régie des télégraphes et de téléphones (RTT) c. GB-Inno-BM SA* (del 13 dicembre 1991), *ivi*, p. 5941.

L'omaggio al principio secondo cui "il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato non [è] di per sé incompatibile con l'art. 86"¹⁷³, continua, ovviamente, a figurare anche nella successiva giurisprudenza della Corte¹⁷⁴. Ma è evidente come nel nuovo corso giurisprudenziale il principio abbia completamente perso il rilievo centrale e *dirimente* ad esso *effettivamente* attribuito in *Sacchi*, per diventare mero punto di snodo "di un ragionamento attento alle concrete modalità di organizzazione e di esercizio del monopolio, in base al quale *la stessa esistenza di un diritto esclusivo* disposto per il tramite di provvedimenti di uno Stato membro può, in presenza di talune condizioni, risultare contraria alle regole di concorrenza del Trattato"¹⁷⁵: tributo appunto ormai solo rituale alla perduta neutralità originaria dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte di politica economica effettuate dagli Stati membri in settori ritenuti fino a ieri assai lontani dalla sua orbita.

La logica originaria, "che vuole il monopolio di per sé legittimo, salvo a verificare se le concrete modalità del suo esercizio contrastino con le regole del mercato e della concorrenza, ha dunque subito una correzione non da poco"¹⁷⁶. L'impostazione accolta in *Sacchi* è chiaramente abbandonata dalla nuova lettura delle norme in riferimento. Essa – per riprendere ancora le parole di uno dei più raffinati ispiratori del nuovo corso – "non si ritrova più nella lettura che la Corte dà dell'art. 90 nella giurisprudenza dei primissimi anni Novanta, in cui emerge anzi l'ipotesi che una legge attributiva di diritti esclusivi può essere tale da indurre inevitabilmente le imprese beneficiarie ad un esercizio abusivo della posizione dominante ad esse conferita e dunque alla violazione delle norme sulla concorrenza. *La presunzione dedotta dalla lettura originaria dell'art. 90 è stata così completamente rovesciata*"¹⁷⁷.

¹⁷³ Corte di Giustizia CE, causa C-163/96, *Silvano Raso*, in *Racc.*, 1998, I, p. 533, così al punto 27.

¹⁷⁴ Vedi, ad esempio, anche Corte di Giustizia CE, causa C-266/96, *Corsica Ferries France SA (II)*, in *Racc.*, 1998, I, p. 3949, al punto 40.

¹⁷⁵ P. FATTORI, *Monopoli*, cit., p. 135 (corsivo mio).

¹⁷⁶ G. TESAURO, *Intervento*, cit., p. 725; nello stesso senso, tra gli altri, A. PAPPALARDO, *State*, cit., p. 38; D. SIMON, *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo I, *Introductions et approche sectorielle. Actes du colloque de Strasbourg*, cit., pp. 65 ss., specialmente p. 70, che – con riferimento già alla sentenza relativa alla direttiva della Commissione sulla commercializzazione dei terminali di telecomunicazione – nota come ad essere condannata finisca per essere la stessa esistenza dei diritti esclusivi.

¹⁷⁷ G. TESAURO, *Intervento*, cit., p. 725. È per tale stringente ragione che non convince la riduttiva lettura di marca, per così dire, "continuista", pur

La "rivoluzione silenziosa"¹⁷⁸ compiuta dalla Corte sta esattamente qui: nel fatto si è invertita la direzione della presunzione originaria e che – a certe condizioni, che restano peraltro piuttosto indeterminate – il riconoscimento d'un monopolio *ex lege*, o il conferimento d'un diritto speciale, si presume illegittimo ai sensi degli artt. 86 e 90.1 del TCE, a meno che non venga provato che diritti e poteri esclusivi siano stati correttamente esercitati o, *meglio*, che la loro attribuzione sia indispensabile all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione d'interesse generale affidata all'impresa beneficiaria.

L'enfasi così posta dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷⁹ sulla clausola di cui all'art. 90.2 del TCE, sulla quale tende sempre più a concentrarsi direttamente il giudizio di legittimità del monopolio o del diritto speciale eventualmente in contestazione¹⁸⁰, si spiega esattamente alla luce del rovesciamento di prospettiva operato dai giudici di Lussemburgo.

Se, infatti, oltre che nelle eventuali modalità del suo esercizio, già nella *creazione* del monopolio, ovvero nelle forme in cui la legge nazionale ne struttura la stessa *esistenza*, è possibile ravvisare la violazione (inevitabile o automatica) delle regole del Trattato, *indipendentemente* dal comportamento concretamente posto in essere dal soggetto che ne beneficia, è perfettamente comprensibile che l'attenzione si sposti sulla *deroga* di cui al secondo paragrafo dell'art. 90, giacché è *solo* alla luce di essa che potranno

autorevolmente proposta da D. EDWARD e M. HOSKINS, *Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, in *CMLR*, 1995, pp. 157 ss. Secondo gli autori, la sentenza *Sacchi* adotterebbe un approccio virtualmente più deregolativo di quello fatto proprio ad esempio da *Höfner*, anche se nella sostanza non troppo lontano da esso. Nella scala ipotetica che va – secondo la suggestiva e geometrica tassonomia proposta dagli autori – dall'*absolute sovereignty approach* all'*absolute competition approach*, *Sacchi* si avvicinerebbe più al secondo corno, sposando un *limited competition approach*, mentre *Höfner* si situerebbe in prossimità del primo, evidentemente in astratto più rispettoso delle scelte politiche sovranamente compiute dagli Stati membri, abbracciando l'intermedio *limited sovereignty approach* (vedi in particolare le pp. 161 e 164). Appare però evidente come una lettura del genere rischi di occultare – in nome d'un astratto attaccamento a qualche suggestione testuale, ma con scarsa aderenza al dato storico – il senso del profondissimo cambiamento di prospettiva intervento dal 1974 al 1991. C'è un autentico trapasso d'epoca tra quelle due date (e tra quelle due sentenze), del quale una modellistica schiacciata sui soli dati lessicali e avulsa dal più ampio "contesto", rischia, evidentemente, di tradire il significato.

¹⁷⁸ A. GARDNER, *The Velvet*, cit., p. 80.

¹⁷⁹ A partire dalle notissime sentenze pronunciate nella causa C-320/91, *Corbeau* (in *Racc.*, 1993, I, p. 2533) e nella causa C-393/92, *Comune d'Almelo* (in *Racc.*, 1994, I, p. 1477).

¹⁸⁰ Cfr. ad es. D. WAELBROECK, *Les conditions d'applicabilité de l'article 90 paragraphe 2 du Traité CE*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public*, Tomo II, cit., pp. 447 ss.; D. TRIANTAFYLLOU, *Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics*, in *RTDE*, 1996, p. 57.

eventualmente essere di nuovo giustificate le scelte compiute dallo Stato membro in nome dell'interesse pubblico (non economico). Sarebbe perciò del tutto fuorviante imputare alle decisioni rese in *Corbeau* e in *Comune d'Almelo* – cui, rispetto a quanto a suo tempo *incidenter tantum* precisato in *Sacchi*, si deve un apparente alleggerimento dell'onere probatorio gravante sugli Stati membri ex art. 90.2 del TCE¹⁸¹ – una sorta di ripristino, sia pure a condizioni diverse, degli originari assetti applicativi della norma. In realtà, temperando le condizioni d'applicazione della deroga, ora ammessa anche quando sia a rischio semplicemente l'equilibrio finanziario (e non la sopravvivenza) dell'impresa monopolista affidataria del servizio d'interesse economico generale, *Corbeau* e *Comune d'Almelo* presuppongono, e anzi tengono ben ferma, la “spavalda” interpretazione dell'art. 90.1 fatta propria, pochi anni prima, dalla giurisprudenza della Corte, col rovesciamento dell'ordine delle presunzioni accolto in *Sacchi*¹⁸². E cercano, al contempo, ritessendo le condizioni “minime” per un bilanciamento tra le contrapposte esigenze in gioco¹⁸³, di dare una risposta plausibile alle feroci polemiche suscitate dal nuovo approccio giurisprudenziale, accusato, soprattutto in Francia¹⁸⁴, d'aprire la stura allo smantellamento e alla deregolazione più spinta di uno dei capisaldi del “modello sociale europeo”: quello appunto costituito dalla radicata tradizione di solidi sistemi di servizio pubblico. L'“ammorbidimento” dell'interpretazione dell'art. 90, indubbiamente operato dalla Corte attraverso il (relativo) ampliamento delle possibilità di applicazione della *deroga* di cui al secondo paragrafo, diviene invero inevitabile e, a ben guardare,

¹⁸¹ Vedi MONTERO PASCUAL, *I monopoli*, cit., p. 669, che parla di “una posizione meno restrittiva nella applicazione dell'eccezione”.

¹⁸² Vedi G. AMATO, *Citizenship*, cit., p. 153, che parla, appunto, di “*bold interpretation*” della norma, da parte di Commissione e Corte di Giustizia, “*on the grounds of the overriding principle of competition in the integrated market*”.

¹⁸³ Cfr. D. SIMON, *Les mutations*, cit., p. 72, che nota come tale “*inflexionnement jurisprudentiel*” si inserisca in un contesto di acuita consapevolezza, anche da parte delle altre istituzioni comunitarie (del Parlamento, del Consiglio e della stessa Commissione), della necessità di ritrovare – sotto la crescente pressione di alcuni Stati membri – un punto di riequilibrio tra concorrenza e interesse generale, tra mercato e servizio pubblico.

¹⁸⁴ La difesa del servizio pubblico *à la française* contro le “aggressioni neoliberaliste” di Commissione e Corte di Giustizia, accusate di ispirarsi alla concezione “minimalista” ed “economicistica” propria del modello anglosassone, diventa, come noto, per tutta la prima parte dello scorso decennio, una sorta di bandiera della cultura giuridica transalpina e, di riflesso, uno dei temi più accesamente dibattuti nella conferenza intergovernativa sfociata nel Trattato di Amsterdam. I termini e i passaggi principali della cruciale *querelle* teorico-politica, che ha dato luogo alla fioritura d'una vastissima letteratura “di genere”, sono magistralmente ripercorsi da R. KOVAR, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïciste*, in *RTDE*, 1996, rispettivamente pp. 215 (prima parte) e 493 (seconda parte).

quasi obbligato, poiché – nel nuovo equilibrio applicativo della disposizione – esso finisce per rappresentare l'unica via per prendere in considerazione quegli interessi “altri” dalla tutela del bene pubblico “concorrenza”, che in *Sacchi* trovavano invece “a monte” il loro massimo riconoscimento, grazie alla piena presunzione di legittimità delle posizioni di monopolio legale¹⁸⁵.

La portata di quell’“ammorbidimento”¹⁸⁶ – benché non trascurabile – non va, tuttavia, come si avrà modo di verificare anche in seguito, caricata di eccessivi significati. Quella contenuta nell’art. 90.2 è, infatti, pur sempre un’eccezione, come tale di stretta interpretazione¹⁸⁷.

Il monopolio, in date circostanze, deve ora essere pur sempre giustificato dallo Stato membro entro i confini ancor stretti della deroga¹⁸⁸. La valutazione circa il fatto che il conferimento dei diritti speciali o esclusivi sia indispensabile al fine di consentire l’adempimento della missione d’interesse generale in condizioni di equilibrio finanziario od economicamente accettabili, delimita, infatti, comunque in termini restrittivi – lasciando un ampio margine di apprezzamento al giudice comunitario – lo spazio entro il quale può affermarsi l’esenzione dalle regole della concorrenza. Rimane la presunzione implicita che la migliore soddisfazione dell’interesse generale sia garantita proprio dai meccanismi regolativi del mercato concorrenziale e che la deroga agli stessi debba pertanto essere consentita soli nei casi eccezionali in cui “il gioco della concorrenza possa compromettere l’adempimento della missione d’interesse generale attribuita all’impresa”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Lo riconosce, con la consueta lucidità, G. TESAURO, *Intervento*, cit., pp. 733 e 734, ove spiega che è proprio il “rovesciamento” nella lettura dell’art. 90.1, “e dunque l’abbandono della presunzione di legittimità dei monopoli”, ad aver “portato ad una rivalutazione dell’art. 90, n.2”.

¹⁸⁶ Per riprendere ancora l’espressione di G. CAIRE, *Services publics et construction européenne*, in *DS*, 1999, pp. 176 ss, specialmente p. 180.

¹⁸⁷ In dottrina lo rammentano, tra gli altri, R. KOVAR, *Droit*, cit., pp. 502-503; D. SIMON, *Les mutations*, cit., pp. 80 ss., e L. PASCAL, *Les apports*, cit., p. 115.

¹⁸⁸ Occorre d’altra parte ricordare che la Commissione è rimasta in linea di massima su posizioni più rigorose e restrittive di quelle in prevalenza adottate dalla Corte; vedi A. WACHSMANN, F. BERROD, *Les critères*, cit., p. 49.

¹⁸⁹ R. KOVAR, *Droit*, cit., p. 230. L’autore ricorda come in *Corbeau* la Corte, pur ammettendo che la deroga sia invocabile anche quando sono semplicemente a rischio le condizioni d’equilibrio economico del servizio d’interesse generale, e non *tout court* la possibilità dell’adempimento della relativa missione, rimanga, comunque, assai rigorosa nel richiedere una relazione di stretta “necessità” tra la stessa e la realizzazione dei compiti affidati all’ente che intenda beneficiarne. Al punto 16 della sentenza si chiarisce infatti che l’art. 90.2 consente agli Stati membri “di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi d’interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l’applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui le restrizioni della concorrenza, o persino l’esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l’adempimento

Robert Kovar ha, al proposito, assai significativamente parlato di "deregolazione regolata"¹⁹⁰. *Corbeau* e *Comune d'Almelo* contengono in effetti *in nuce* i lineamenti essenziali della dottrina del "servizio universale"¹⁹¹ poco più tardi sviluppata, in parte sulla loro scia, dalla stessa Commissione, nella nota comunicazione del 1996 sui servizi d'interesse generale in Europa. In esse traspare chiaramente l'idea che, proprio in quanto eccezioni all'applicazione dei principi sulla concorrenza, le situazioni di monopolio o d'esclusiva debbano essere tendenzialmente ritagliate entro lo spazio più ridotto possibile.

In ossequio al principio di proporzionalità, l'art. 90.2 esige che si individui il nucleo minimo di diritti esclusivi indispensabili alla realizzazione, in condizioni economicamente accettabili, della missione affidata all'ente. Come noto, *Corbeau* – pur ammettendo che l'obbligo del titolare del diritto esclusivo di svolgere una funzione d'interesse generale, garantendo i suoi servizi in condizioni d'equilibrio economico, presuppone la possibilità d'una compensazione fra settori d'attività più e meno redditizi, e perciò giustifica una corrispondente limitazione della concorrenza da parte degli imprenditori privati – stabilisce anche che il servizio di posta celere, in quanto di "valore aggiunto", non può essere legittimamente incluso nell'area protetta dall'esclusiva a favore della *Régie des postes* belga. Il suo assoggettamento alla concorrenza non è, infatti, idoneo a compromettere l'equilibrio finanziario del servizio d'interesse economico generale esercitato dall'ente nei settori "tradizionali" del servizio postale.

L'area d'azione del servizio pubblico, come tale sottratta alle regole di concorrenza, tende, così, a coincidere con quella del livello basilare o minimo di prestazioni essenziali rivolte alla generalità dei cittadini, in condizioni di parità di trattamento e a prezzi abbordabili, in quella misura e qualità "sufficiente" che appunto qualifica il concetto di servizio universale nei termini ripresi dalla stessa Commissione CE nella sua comunicazione¹⁹².

Senza disconoscere il pur significativo "riaggiustamento" dei criteri di bilanciamento attuato da *Corbeau* e *Comune d'Almelo*, pare dunque corretto concludere che, mentre in precedenza la Corte

della specifica funzione attribuita alle imprese titolari di diritti esclusivi" (corsivo aggiunto).

¹⁹⁰ R. KOVAR, *La Cour de Justice et les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée*, in *EChron.*, luglio e agosto-settembre, 1994, p. 6.

¹⁹¹ Sui cui contenuti e implicazioni vedi, per tutti, C. HARLOW, *Public Service, Market Ideology, and Citizenship*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services*, cit., pp. 49 ss.; E. MALARET GARCIA, *Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context*, ivi, pp. 57 ss.

¹⁹² COM (96) 443, finale, dell'11 settembre 1996.

“mirava a definire la sfera massima di diritti esclusivi dei quali le imprese [incaricate d'una missione di interesse pubblico] potevano godere senza violare le regole di concorrenza, ora cerca di definire la sfera minima di diritti esclusivi compatibile col mantenimento dell'equilibrio finanziario di tali imprese”, con un approccio che comunque “incoraggia una politica decisamente più restrittiva nei confronti di monopoli pubblici e imprese privilegiate”¹⁹³.

Il medesimo approccio ispira, del resto, l'altro fronte dell'espansione delle regole comunitarie in materia di concorrenza, quello che si è convenuto di individuare in apertura come il *profilo soggettivo* dell'avanzamento dei territori coperti dagli artt. 85 ss. del TCE¹⁹⁴. Si tratta, come ben s'intende, d'un profilo di decisivo e, anzi, prioritario rilievo, giacché l'allargamento del novero dei soggetti destinatari della disciplina in tema di concorrenza si pone in certo modo come pre-condizione del rafforzamento dell'oggettivo contenuto delle stesse.

L'espansione del concetto di impresa ai sensi degli artt. 85 e segg. del TCE da parte della giurisprudenza della Corte risponde certamente ad un *telos* in qualche modo immanente ai più generali dettami dell'ermeneutica comunitaria. Centrata com'è sul sostrato materiale delle norme e sullo scopo economico delle stesse, più che

¹⁹³ A. GARDNER, *The Velvet*, p. 82; in termini analoghi si esprime WAELBROECK, *Les conditions*, cit., p. 455, il quale sottolinea come la deroga di cui all'art. 90.2 non potrà che “*jouer qu'à titre d'ultime recours*”, occorrendo in particolare dimostrare che non esistono mezzi meno restrittivi al fine di garantire il servizio d'interesse economico generale. Si veda pure J. L. BUENDIA SIERRA, *La communication de la Commission sur les services d'intérêt économique général en Europe et la politique communautaire de concurrence*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service*, cit., pp. 461 ss., sul punto p. 466.

¹⁹⁴ È peraltro il caso di rammentare, a chiusura delle considerazioni svolte sopra, come anche la valorizzazione, da parte della giurisprudenza della Corte, dei poteri normativi riconosciuti alla Commissione dall'art. 90.3, abbia fortemente concorso a corroborare la complessiva strategia di liberalizzazione dei servizi pubblici, da questa più in generale centrata sulla “riscoperta” della disposizione alla fine degli anni Ottanta. Il riconoscimento, in capo all'organo esecutivo comunitario, di veri e propri poteri normativi – i. e. della facoltà, fortemente derogatoria rispetto alla ordinaria ripartizione delle competenze tra Consiglio e Commissione, di adottare vere e proprie direttive – ha impresso, infatti, un impulso decisivo a tale processo. L'estensivo uso dei poteri così attribuiti alla Commissione ha difatti permesso a questa di fungere da catalizzatore dell'intero processo, consentendole di mantenere ben salda nelle sue mani l'iniziativa istituzionale e di influenzarne in maniera decisiva contenuti ed esiti finali. “Paradossalmente – s'è fatto rilevare –, il successo della Commissione nel ricorso all'art. 90.3 quale strumento quasi-legislativo, ne ha in certo senso ridotto l'utilità nell'ambito degli sforzi tesi ad accelerare il processo di liberalizzazione: l'uso dell'art. 90.3 nel settore dei terminali di telecomunicazione e dei servizi telefonici non vocali di telecomunicazione ha galvanizzato gli Stati membri, spingendoli ad assumere all'interno del Consiglio l'iniziativa rivolta ad aprire alla concorrenza altri comparti del settore regolato dell'economia” (A. GARDNER, *The Velvet*, cit., p. 85).

sui tradizionali elementi di struttura della fattispecie giuridica, l'interpretazione funzionale delle nozioni fondamentali della costruzione comunitaria risponde, infatti, senza dubbio a primarie necessità dell'ordinamento sovranazionale. Essa risponde, innanzi tutto, alla prioritaria vocazione e rilevanza economica dell'ordinamento comunitario; e poi, alla esigenza, evidentemente vitale per garantire l'unità della costruzione del mercato comune e scongiurare rischi di frammentazione, di sottrarre agli ordinamenti degli Stati membri, improntati a tradizioni giuridiche molto diverse, la definizione delle nozioni e degli istituti sui quali si basa la stessa identità dell'ordinamento sovranazionale come sistema autonomo.

L'interpretazione della nozione di impresa rilevante ai fini del diritto della concorrenza asseconda questa logica, portandola, alle estreme conseguenze. La valenza onnivora propria del concetto che di impresa si accoglie in *Höfner e Macrotron* eccede le esigenze *standard* dell'interpretazione funzionale degli istituti economici dell'ordinamento comunitario, e si spiega forse meglio in ragione della precisa opzione di politica del diritto di attribuire alle disposizioni in materia di concorrenza la massima sfera di estensione soggettiva.

Va del resto ricordato come nelle prime pronunce rese in tema sulla base delle disposizioni del Trattato CECA¹⁹⁵, la Corte di Giustizia fosse ancora sostanzialmente ancorata ad una logica interpretativa di tipo tradizionale, prevalentemente attenta, cioè, al dato formale e strutturale della fattispecie "impresa"¹⁹⁶.

In *Klockner-Werke AG e Hoesh AG*¹⁹⁷, la Corte aveva infatti affermato che "l'impresa consiste in un complesso unitario di elementi personali, materiali ed immateriali facente capo ad un

¹⁹⁵ Ma anche le prime pronunce sulle disposizioni in materia di concorrenza del Trattato CEE seguono lo stesso approccio giuridico-formale; si veda Corte di Giustizia CE, cause riunite 56/64 e 58/64, *Grundig-Costen*, in *Racc.*, 1966, p. 457.

¹⁹⁶ Si vedano, nell'ambito della vasta letteratura, P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977; V. AFFERNI, *La nozione di impresa comunitaria*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. II, *L'impresa*, Padova, 1978, pp. 125 ss.; A. GRISOLI, *Impresa comunitaria*, in *EGT*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *GC*, 1990, II, p. 283; GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *RDComm.*, 1993, I, p. 277; L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *FI*, 1994, IV, col. 113; L. DI VIA, *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ivi*, col. 297; ID., *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, *ivi*, 1996, IV, col. 67; ID., *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padova, 1997, pp. 252 ss.

¹⁹⁷ Corte di Giustizia CE, cause riunite 17/61 e 20/61, in *Racc.*, 1962, p. 595.

soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico". Dando pertanto una definizione che, se è forse eccessivo ritenere "frutto esclusivamente di valutazioni giuridico-formali"¹⁹⁸, non pare tuttavia improprio accostare ad un ordine concettuale non estraneo a quello accolto dallo stesso codice civile italiano. Ad un ordine di concetti familiare, cioè, almeno in certa misura, a categorie definitorie in cui viene assegnato valore centrale agli elementi endogeni attinenti alla struttura della fattispecie (organizzazione, professionalità, economicità), e che la successiva funzionalizzazione integrale della nozione di impresa avrebbe, invece, se non completamente espunto dall'armamentario utilizzato dalla Corte di Giustizia, certo pienamente subordinato alla valutazione dei profili funzionali¹⁹⁹.

È ad ogni modo solo con *Höfner* che la Corte giunge ad esplorare in tutta la loro valenza le potenzialità dell'interpretazione funzionale della nozione d'impresa, affermandone la portata tendenzialmente onnicomprensiva di qualunque attività di rilievo economico, in quanto diretta alla produzione o allo scambio di beni o di servizi²⁰⁰. Con una formula che sarebbe stata costantemente ripresa dalla giurisprudenza successiva, la Corte afferma, infatti, che, "nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"²⁰¹.

Ciò che viene ad assumere rilievo determinante è la circostanza che l'entità considerata svolga un'attività per la quale esista un mercato attuale o potenziale. Tutte le volte che, indipendentemente da ogni considerazione relativa alla natura giuridica del soggetto alla stregua dell'ordinamento interno, questo svolge un'attività che viene, o comunque *potrebbe essere*, svolta da operatori privati in vista del conseguimento di un profitto, si è perciò in presenza di un'impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza. Il criterio base, detto altrimenti, consiste – come puntualizzato dall'Avvocato generale Jacobs sulla scorta di questa (ormai consolidata) giurisprudenza²⁰² – "nel valutare se l'entità considerata svolga un'attività che, quanto meno in linea di principio, potrebbe essere svolta da un'impresa privata a fini di

¹⁹⁸ L. DI VIA, *L'impresa*, cit., p. 265.

¹⁹⁹ È utile richiamare, sul punto, le autorevoli osservazioni di A. TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *RDC*, 1993, I, p. 174.

²⁰⁰ Vedi in particolare L. SCUDIERO, *La nozione*, cit., c. 116.

²⁰¹ Così il punto 21 della sentenza, che – come noto – prosegue con l'apodittica affermazione, su cui si ritornerà più avanti, secondo la quale "l'attività di collocamento è un'attività economica".

²⁰² Nelle conclusioni rassegnate in *Albany International BV*, causa C-67/96, in *Racc.*, 1999, I, p. 5751 ss, qui p. 5824 (al punto 311).

lucro". Potendosi in principio escludere, pertanto, soltanto quelle attività che siano "*necessariamente esercitat[e] da entità pubbliche o da loro rappresentanti*"²⁰³.

È facilmente intuibile come una nozione così "liberale"²⁰⁴ rischi di perdere – quantomeno se "presa sul serio" e rigorosamente assunta in tutte le sue conseguenze logiche – qualunque valenza effettivamente selettiva dei potenziali destinatari delle norme sulla concorrenza.

Anche a non volerne cogliere le implicazioni estreme, invero rifiutate dalla stessa Corte di Giustizia, tale nozione appare in ogni caso protesa ad estendere il suo raggio d'azione ben oltre la cerchia dei destinatari "abituali" del diritto della concorrenza, per includervi anche tutta una gamma di "soggetti tradizionalmente estranei alla logica imprenditoriale"²⁰⁵. E la riprova si ha proprio nella straordinaria fioritura di questioni pregiudiziali riguardanti i più disparati soggetti svolgenti attività *lato sensu* economiche, benché privi di alcuni tra i "tradizionali" e qualificanti connotati della imprenditorialità (a cominciare dalla assenza dello scopo di lucro o dal perseguimento di finalità puramente sociali), affluite nel corso di tutti gli anni Novanta alla Corte di Giustizia sulla scia dell'orientamento espansivo sancito in *Höfner*.

Il tema avrà modo d'esser ripreso e sviluppato nei paragrafi seguenti. Qui interessa soltanto puntualizzare, a chiusura delle notazioni sinora svolte, come l'estensione della sfera d'applicazione *ratione personae* della disciplina sulla concorrenza accompagni e completi il parallelo ampliamento del suo ambito di "efficacia oggettiva". Le due tendenze si rafforzano e si sostengono l'un l'altra; o forse meglio, sono le due facce della stessa medaglia. Definitivamente rotto quel generale principio di neutralità in qualche modo simbolizzato dall'art. 222 del Trattato, lo stesso diritto comune della concorrenza *stricto sensu* diviene, dalla seconda metà degli anni Ottanta in avanti ed in nome dell'efficienza dei processi allocativi nel mercato unificato, un penetrante strumento di controllo (e, non di rado, d'effettiva liberalizzazione) di alcuni dei più tradizionali interventi dello Stato nell'economia²⁰⁶.

²⁰³ Ivi, p. 5831, al punto 330 (il corsivo figura nell'originale).

²⁰⁴ A. WACHSMANN, F. BERROD, *Les critères*, cit., p. 47, che parlano di chiare assonanze col pensiero degli economisti classici dell'800.

²⁰⁵ L. DI VIA, *L'impresa*, cit., p. 275.

²⁰⁶ Il parallelismo con la vicenda interpretativa dell'art. 30, così come riepilogata nel precedente par., risulta, a questo punto dell'esposizione, del tutto evidente. Sia l'art. 30 che l'art. 90 divengono, soprattutto dalla fine degli anni Ottanta, formidabili strumenti di controllo delle scelte regolative pubbliche degli Stati membri nei più svariati settori della vita economica e sociale (lo sottolineano molto chiaramente D. EDWARD e M. HOSKINS, *Article 90*, cit., pp. 158 e 168). La questione cruciale, che accomuna la profonda alterazione dell'equilibrio su

6.- Risulta palese, a questo punto, il significato paradigmatico delle vicende relative ai monopoli pubblici stabiliti – in molte legislazioni degli Stati membri della Comunità – in materia di collocamento della manodopera o di tutela previdenziale.

Non pare inutile rimarcare che si tratta di casi esemplari almeno da due punti di vista.

La prima e più evidente ragione è che essi condensano appieno il concreto significato dell'infiltrazione di istituti protettivi classici del diritto del lavoro da parte del diritto comunitario della concorrenza, restituendo bene l'intera gamma dei problemi e delle contraddizioni che essa determina.

Sia il collocamento pubblico della manodopera che – in maniera ancor più diretta ed evidente – il monopolio statale o collettivo dei sistemi di tutela previdenziale obbligatoria, rappresentano due momenti tra i più qualificanti dell'intervento protettivo dei *Welfare State* nazionali. Più che mai in essi vengono in luce le possibili implicazioni d'un conflitto tra i principi della libertà economica, sino a oggi tutelati con la massima forza dalla costituzione comunitaria, e quelli della solidarietà sociale, quali attuati all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

La seconda ragione è che il percorso disegnato dalla Corte, dal primo intervento in *Höfner* sino alle ultime pronunce sui fondi pensione olandesi, delineerebbe una chiara parabola evolutiva dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria, dapprima unilateralmente orientata alla promozione dei soli valori della libertà del mercato e della concorrenza, poi sostanzialmente attenta a non incrinare i valori solidaristici incarnati nei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri. Con una contrapposizione piuttosto netta, dunque, tra un primo filone di chiara ispirazione "mercantile", ed un secondo filone di marca prevalentemente "solidaristica"²⁰⁷; contrapposizione che segnerebbe una più generale evoluzione ideale del pensiero dei giudici comunitari.

quale si fondava l'applicazione delle due norme, ed in particolare dell'art. 90, diviene, sempre più, quella della legittimazione materiale della attività di aggiudicazione costituzionale della Corte di Giustizia. È evidente, infatti, in entrambi i casi, come l'*ethos* che guida l'applicazione delle due norme sia quello del libero mercato e quanto precaria risulti, assai spesso, di conseguenza, la tutela dei valori con esso concorrenti.

²⁰⁷ Si tratta di una lettura abbastanza diffusa, anche se tutt'altro che incontrastata; sembra dividerne le linee di fondo anche S. SCIARRA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 595. Tra i suoi più aperti sostenitori vedi A. BOSCO, *Are National*, cit., pp. 25-26, e A. ANDREONI, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *RGL*, 2000, I, p. 981.

Un certo affinamento delle categorie impiegate dalla Corte, ed anche un tentativo di più equilibrato bilanciamento tra i valori espressi dalle due famiglie giuridiche, appare innegabile, quanto meno se si considera il concreto esito dei giudizi in questione.

Cercheremo tuttavia di dimostrare nelle pagine seguenti come lo spostamento del baricentro della giurisprudenza della Corte verso le esigenze della solidarietà sia essenzialmente dovuto alla diversa salienza politica delle questioni coinvolte dai rinvii pregiudiziali pervenuti ai giudici di Lussemburgo.

Vedremo che le categorie interpretative della Corte di Giustizia non sono sostanzialmente cambiate e che in questo senso i diversi risultati interpretativi cui essa giunge nei due casi (collocamento pubblico e monopoli previdenziali) rimangono relativamente contingenti, in quanto prevalentemente legati alla diversa rilevanza politica dei dilemmi regolativi da essi sollevati. E se uno sforzo di ribilanciamento tra i due ordini di valori e interessi potenzialmente o attualmente in conflitto è innegabile, esso rimane ancora incompiuto e precario.

La giurisprudenza della Corte presenta, del resto, ancora sensibili margini di incertezza, che lasciano almeno in parte irrisolti i nodi centrali della questione di un più equilibrato e trasparente bilanciamento tra i medesimi.

7.- *Höfner* inaugura gli anni Novanta dando il segno più tangibile di tutta la forza di "rottura" - rispetto non solo a radicati sistemi normativi ma anche ad altrettanto consolidati e convenzionali modi di pensare (almeno dei giuslavoristi) - che è propria dell'infiltrazione del diritto della concorrenza. La sentenza segna, infatti, come già ricordato, il momento di massima espansione, in senso tanto oggettivo quanto soggettivo, del diritto della concorrenza e, di conseguenza, anche uno dei momenti di più intensa forza destrutturante dell'infiltrazione dello stesso in una delle più tradizionali (e, anche per questo, ormai certamente "invecchiate") aree di intervento protettivo del diritto del lavoro nazionale, quale, appunto, quella del collocamento pubblico in regime di monopolio della manodopera.

La vicenda da cui ha preso origine la controversia interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia, e le risposte che questa ha reso ai quesiti sollevati ex art. 177 del TCE, sono ben note, trattandosi tra l'altro di uno dei casi forse più commentati dello scorso decennio²⁰⁸, ma meritano comunque di essere ricapitolate.

²⁰⁸ Vedi, tra i molti, J. SHAW, in *ELR*, 1991, p. 501; J. P. SLOT, in *CMLR*, 1991, p. 965.; N. REICH, *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, ivi, 1992, pp. 861 ss., specialmente 887 ss.; T. HAMONIAUX, *Le service*

Gli attori nella causa principale erano due consulenti tedeschi per la ricerca del personale, stabiliti nel loro paese, che avevano stipulato con la convenuta, una società con sede in Monaco, un contratto avente ad oggetto l'assistenza alla seconda nel reperimento sul mercato e nella selezione d'una figura manageriale cui affidare la direzione del servizio vendite della stessa. Reperito e presentato alla convenuta un candidato ritenuto idoneo a ricoprire l'incarico, gli attori si erano visti opporre da quella un rifiuto sia ad assumere l'aspirante direttore selezionato, sia, e soprattutto, al pagamento degli onorari convenuti nel contratto. Rifiuto, quest'ultimo, legittimato dalla normativa tedesca, che ricollegava alla violazione delle regole sul monopolio pubblico del collocamento, stabilito in capo all'Ufficio federale del lavoro (*Bundesanstalt für Arbeit*), anche la nullità dei contratti di locazione di servizi aventi ad oggetto attività non autorizzate del genere di quelle poste in essere dalle parti.

L'*Oberlandsgericht* di Monaco – ritenuto che le domande attoree non potessero essere effettivamente accolte in base al diritto interno ma che questo esibisse profili di contrasto col Trattato – aveva quindi sospeso il processo e sottoposto alla Corte di Giustizia quattro articolate questioni pregiudiziali, con le quali in sintesi chiedeva ai giudici di Lussemburgo: se il collocamento del personale direttivo delle aziende partecipasse o meno all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi degli artt. 66 e 55 del TCE; se il divieto assoluto posto in materia ai danni di soggetti come gli attori nella causa principale potesse corrispondentemente giustificarsi oppure no; se il monopolio pubblico in tal modo conferito al *Bundesanstalt für Arbeit* realizzasse un'ipotesi di sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 86.

Nel corso del giudizio, il Governo tedesco e la Macrotron avevano sostenuto con forza la prioritaria funzione pubblicistica del collocamento – in quanto tale involgente l'impiego di pubblici poteri anche in vista del controllo amministrativo dello stato di disoccupazione dei lavoratori beneficiari delle relative prestazioni previdenziali – e la coesistenzialità dello stesso rispetto ad uno degli obiettivi centrali dello Stato sociale, alla base dell'esclusivo interesse generale perseguito dall'Ufficio federale del lavoro. Avevano inoltre messo in luce la stretta derivazione della normativa nazionale dalle convenzioni OIL nn. 88 e 96.

Dal canto loro, la Commissione e gli attori della causa principale avevano altrettanto assertivamente escluso che nella specie potesse ravvisarsi l'esercizio d'un pubblico potere ai sensi del Trattato e

public de l'emploi: activité économique et activité sociale, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public*, tomo I, cit., pp. 447 ss.

per contro sostenuto che, per i modi in cui era determinata dalla legge, l'attività economica svolta dall'Ufficio federale del lavoro integrasse gli estremi dell'abuso di posizione dominante ex art. 86. Secondo la Commissione, l'abuso doveva in particolare riconoscersi nel fatto che l'Ufficio federale rifiutava, in pratica, di autorizzare l'attività di mediazione nel mercato del lavoro, pur di fatto tollerata, ma non era poi in grado di soddisfare in modo adeguato la domanda per i servizi assoggettati al monopolio. Höfner e Elser s'erano per vero spinti a sostenere la tesi, giudicata estrema dallo stesso Avvocato generale Jacobs²⁰⁹ e poi respinta dalla Corte, secondo cui l'abuso andava ravvisato nel fatto stesso della creazione *ex lege*, e quindi della occupazione, d'una posizione dominante sul mercato.

Le risposte della Corte, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs e con le richieste della Commissione, sono note.

Innanzitutto, il *Bundesanstalt für Arbeit* è un'impresa, in quanto "l'attività di collocamento è un'attività economica"²¹⁰.

La conclusione – per quanto possa sembrare scontata e contenuta *in nuce* nell'amplissima definizione d'impresa data in premessa – resta comunque apodittica. Appare ad ogni modo al riguardo decisiva – nell'ellittico ragionamento della Corte – la circostanza che l'Ufficio federale del lavoro già si trovava di fatto a fronteggiare la concorrenza delle imprese di consulenza e di ricerca del personale direttivo, per le quali già esisteva, perciò, un mercato. Circostanza che di per sé prova che "le attività di collocamento non sono sempre state, né sono necessariamente, esercitate da enti pubblici"²¹¹, rivestendo, perciò, un'indubbia natura economica.

In secondo luogo, l'applicazione dell'art. 86 al *Bundesanstalt für Arbeit* "non può vanificare il compito specifico affidato a detto ufficio, dal momento che quest'ultimo non è palesemente in grado di soddisfare la domanda esistente a tale riguardo sul mercato e dal momento che, di fatto, tollera una lesione del proprio diritto esclusivo da parte di dette società"²¹².

È, infatti, incompatibile con le norme del Trattato "qualsiasi provvedimento con il quale uno Stato membro mantenga in vigore una disposizione di legge che crei una situazione in base alla quale un ufficio pubblico per l'occupazione [è] necessariamente indotto a contravvenire all'art. 86"; se pure la semplice creazione d'una posizione dominante sul mercato mediante l'attribuzione di un diritto esclusivo ex art. 90.1 del TCE di per sé non è incompatibile coll'art. 86, "uno Stato membro viola, infatti, i divieti contenuti in queste due disposizioni [...] quando l'impresa è indotta, con il

²⁰⁹ Vedi il punto 43 delle sue conclusioni.

²¹⁰ Così il già richiamato punto 21 della sentenza.

²¹¹ Punto 22 della sentenza.

²¹² Punto 25 della sentenza.

semplice esercizio del diritto esclusivo conferitole, a sfruttare la sua posizione dominante in modo abusivo²¹³.

Ed è esattamente ciò che si verifica nel caso di specie. Dove l'abuso deriva dalla limitazione della prestazione che si viene inevitabilmente a creare, a danno degli utenti del servizio, per l'effetto congiunto, da un alto, della manifesta incapacità dell'impresa pubblica di soddisfare una domanda così sofisticata come quella esistente nel mercato di riferimento, e, dall'altro, del mantenimento di un divieto d'ingresso nello stesso da parte delle imprese private che sarebbero invece in grado di farvi fronte.

La Corte si sforza di indicare con precisione le condizioni nelle quali l'ufficio pubblico di collocamento "è necessariamente indotto a contravvenire all'art. 86". Nella specie si tratta delle seguenti quattro: a) il diritto esclusivo si estende all'attività di collocamento del personale direttivo delle aziende; b) l'ufficio pubblico non risulta manifestamente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questo tipo d'attività; c) l'esercizio effettivo della relativa attività è al contempo reso impossibile dal mantenimento in vigore d'una disposizione di legge che vieta detta attività a pena di nullità dei corrispondenti contratti; d) le attività in parola possono estendersi – come è praticamente scontato che avvenga alla luce degli artt. 48 (ora 39) e seguenti del TCE – a cittadini o territori di altri Stati membri. Al giudice *a quo* non resta che farle scivolare sulla fattispecie concreta per la quale sono state esattamente ritagliate e cui aderiscono perfettamente, disapplicando le disposizioni nazionali divenute in tal modo incompatibili col diritto comunitario²¹⁴.

La figura dell'abuso "inevitabile" o "necessario" riceve, così, la sua prima consacrazione giudiziale. Nelle di poco successive *ERT* e *Merci Convenzionali* – nella quale ultima veniva in considerazione lo speciale monopolio di carattere "sociale" (già) riconosciuto dal codice della navigazione alle compagnie portuali italiane sulla scia d'una plurisecolare tradizione – la figura si arricchisce, articolandosi nella variante dell'abuso "automatico"²¹⁵.

²¹³ Punti 27 e 29 della sentenza.

²¹⁴ Vedi il punto 34 della sentenza.

²¹⁵ È bene tuttavia avvertire che gli aggettivi in parola sono usati promiscuamente, e senza un particolare significato tecnico, con riferimento alle diverse possibili fattispecie di cui si discorre. La Corte è infatti ormai costante nell'accomunare le due ipotesi base, allorché ripete che uno Stato membro contravviene ai divieti posti in essere dagli artt. 86 e 90 del TCE "solo quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere" (così, in particolare, Corte di Giustizia CE, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, al punto 93). Ma sul piano analitico, la distinzione, che mutuo dall'opinione resa dell'Avvocato generale

Ipotesi che ricorre quando è la struttura del diritto esclusivo o speciale – che si caratterizza per un *cumulo di poteri* suscettivi di determinare un intrinseco conflitto d'interessi in capo al titolare – “a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere”²¹⁶.

Nel commentare criticamente Höfner, Norbert Reich²¹⁷ ha ben sottolineato la circolarità dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte. Mostra un'evidente impronta tautologica la assertiva ricomprensione delle attività di un ufficio pubblico di collocamento – articolazione dello Stato-apparato di per sé preposta alla cura di interessi generali – nell'onnicomprendente concetto di impresa dato in premessa.

Forse più sottile, ma non meno evidente, è poi la circolarità del passaggio argomentativo relativo all'abuso, “laddove la contestazione del monopolio o del diritto esclusivo da parte dei competitori privati implica *prima facie* l'esistenza di un abuso della posizione dominante da parte dell'impresa, anche se il suo monopolio di servizio è creato dalla legge”²¹⁸.

La figura dell'abuso inevitabile o automatico tende a mettere *in apicibus* fuori gioco la deroga *ex art. 90.2 del TCE*²¹⁹. Sposta il baricentro del giudizio su binari di valutazione tendenzialmente estranei (e sfavorevoli) rispetto a quelli cui s'improntano le tradizionali categorie del servizio pubblico “di tipo continentale”²²⁰: il valore oggetto di prioritaria tutela diviene infatti quello dell'*efficienza* nell'erogazione del servizio agli *utenti*.

Jacobs in *Albany International BV* (di cui vedi i punti 395 ss.), è senz'altro opportuna e utile.

²¹⁶ Vedi le già citate sentenze *ERT* e *Merci Convenzionali* rispettivamente ai punti 37 e 17 della motivazione. Anche Corte di Giustizia CE, causa C-163/96, *Raso*, in *Racc.*, 1998, I, p. 533, va ascritta a tale tipologia. L'abuso automatico qui ricorreva in quanto la legge italiana (n. 80 del 1994), peraltro emanata per ottemperare a *Merci Convenzionali*, non solo riservava alla compagnia portuale in esame il diritto esclusivo di fornire lavoro temporaneo ai concessionari di terminali e alle altre imprese autorizzate ad operare nel porto, ma le consentiva allo stesso tempo di concorrere con le stesse sul mercato dei servizi portuali. Siffatto *cumulo* di diritti (esclusivi e non) era tale che essa, col mero esercizio del suo monopolio, si “[trovava] in grado di alterare a proprio vantaggio la parità di opportunità tra i vari operatori economici operanti sul mercato dei servizi portuali ed [era] incitata ad abusare del proprio monopolio imponendo ai propri concorrenti sul mercato delle operazioni portuali prezzi esorbitanti per la fornitura della forza lavoro o mettendo loro a disposizione una manodopera meno idonea ai compiti da svolgere”.

²¹⁷ *Competition*, cit., p. 887.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Non è casuale, pertanto, che “l'analisi della Corte europea sia sfociata in un'applicazione dell'art. 90 e delle disposizioni sulla concorrenza che ha completamente ignorato gli argomenti sociali a sostegno del monopolio dell'Ufficio federale del lavoro” (P. DAVIES, *Market*, cit., p. 64).

²²⁰ Cfr. G. AMATO, *Citizenship and Public Services*, cit., pp. 150 ss.

L'“approccio efficientistico” in tal senso adottato dalla Corte nell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 86 e 90 del TCE²²¹, sottende invero un'idea di cittadinanza sensibilmente diversa da quella avuta in mente dalla maggioranza dei legislatori europei continentali, allorché scelsero un modello di monopolio pubblico di chiara impronta distributivo-solidarista nell'allineare i propri sistemi di collocamento della manodopera ai principi posti dalle convenzioni OIL nn. 88 e 96.

Al riguardo appare davvero illuminante uno dei più incisivi passaggi dell'opinione espressa dall'Avvocato generale Jacobs e nella sostanza pienamente condivisa dalla Corte: “[...] la normativa tedesca e il fatto che la *Bundesanstalt* non soddisfi la domanda producono l'effetto combinato per cui il *consumatore* (cioè il datore di lavoro alla ricerca di personale direttivo o il personale direttivo alla ricerca di impiego) non riceve la qualità delle prestazioni che ha il diritto di aspettarsi e che sarebbe pressoché sicuro di ricevere se il settore in questione fosse soggetto al regime di libera concorrenza prevista dal Trattato. Il datore di lavoro o il dipendente direttivo che vuole ricorrere ai servizi di un ufficio di collocamento rischia dunque di trovarsi in una situazione identica a quella del proprietario di una Volvo che non può ottenere un nuovo elemento della carrozzeria della sua vettura perché il titolare del modello depositato per detti pezzi non lo produce e rifiuta di autorizzare terzi a produrli”²²².

Il passaggio richiamato non avrebbe potuto esprimere meglio e più vividamente l'opzione per quel modello precipuamente mercantile di cittadinanza, che in effetti sottende lo stesso ragionamento “circolare” svolto dalla Corte. In esso – come è stato di recente autorevolmente puntualizzato²²³ – “il cittadino è specialmente considerato e apprezzato come colui che compie quelle scelte relative al consumo dei beni e dei servizi dalle quali soltanto l'economia di mercato può essere rivolta all'efficienza necessaria alla sua prosperità in un ambiente internazionalmente competitivo.

²²¹ Di “*Effects-based approach*” parla L. HANCHER, *Community*, cit., p. 742.

²²² Così al punto 45 delle conclusioni presentate il 15 gennaio 1991 (il corsivo è mio). Il paragone col proprietario della Volvo è suggerito a Jacobs da Corte di Giustizia CE, causa 238/87, *Volvo c. Veng*, in *Racc.*, 1988, p. 6211.

²²³ Vedi M. FREEDLAND, *Law, Public Services and Citizenship – New Domains, New Regimes?*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services*, cit., pp. 1 ss., specialmente p. 10, da cui è tratta la citazione che segue nel testo; e si veda pure, più recentemente, ID., *The Marketization of Public Services*, in C. CROUCH, K. EDER, D. TAMBINI (a cura di), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, 2001, pp. 90 ss. Un'efficace delineaione dei tratti qualificanti dell'ideologia neo-liberale del cittadino quale “*individual consumer of public services*” si trova – con riferimento all'esperienza europea che più di tutte l'ha incarnata – anche in D. FAULKNER, *Public Services, Citizenship, and the State – the British Experience 1967-97*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services*, cit., pp. 35 ss.

L'enfasi è posta sulla funzione cui il cittadino assolve quale acquirente in grado di discernere tra i diversi beni e servizi e quale autore ed esecutore di scelte di consumo economicamente convenienti e razionali²²⁴.

Per quanto possa apparire superata dalle impetuose trasformazioni nei modi di produrre e di lavorare, l'idea del monopolio pubblico del collocamento quale mezzo di equa redistribuzione delle occasioni di impiego in vista della realizzazione del diritto al lavoro del cittadino, appartiene – in questo universo concettuale – al contrapposto idealtipo della “cittadinanza costituzionale”, in cui il cittadino viene concettualizzato come titolare di diritti di partecipazione alla vita democratica della comunità, in quanto tali indipendenti dal ruolo svolto nel processo economico.

Le due concezioni rivali della cittadinanza (e del servizio pubblico) si sono perciò confrontate in maniera aperta nel corso del giudizio. Ed è significativo che il Governo tedesco, nel sostenere la piena legittimità del monopolio del collocamento (e prima ancora la natura non economica della funzione pubblica da esso svolta), si sia richiamato ad una pur risalente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* chiaramente in linea coi postulati fondamentali della “cittadinanza costituzionale”.

La decisa opzione della Corte di Giustizia per il modello mercantile di cittadinanza e consumeristico-efficientistico di servizio pubblico²²⁵ condanna tuttavia ad una discreta irrilevanza gli argomenti solidaristici basati sulla concezione rivale. Il meccanicismo dell'abuso “inevitabile” di posizione dominante rende sostanzialmente superfluo qualunque sforzo di bilanciamento ex art. 90.2 del TCE. In un'ipotesi del genere, la violazione delle regole di concorrenza è, infatti, praticamente *in re ipsa* e un'eventuale restrizione della sfera d'operatività delle stesse – prima ancora che ingiustificata – sarebbe perfettamente “inutile”²²⁶ e, anzi, priva di senso, dal momento che l'ente pubblico

²²⁴ L'impronta della “market citizenship” è altrettanto evidente nella stessa *silhouette* della cittadinanza dell'Unione, così come configurata dagli artt. 17 ss. del TCE (vedi soprattutto M. EVERSON, *The Legacy of Market Citizenship*, in J. SHAW, G. MORE [a cura di], *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, p. 77). Se ne ha una prova particolarmente significativa nei limiti posti dal Trattato alla libertà di circolazione dei cittadini comunitari economicamente non attivi: sia consentito rinviare a S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *ADL*, 1997, n. 6, pp. 67 ss., specialmente p. 74 ss., nonché a ID., *Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione europea*, in *DLRI*, 1998, p. 81.

²²⁵ In termini, vedi pure E. ALES, *Macrotron II, ovvero la Corte di Giustizia “abroga” il monopolio pubblico del collocamento?*, in *DL*, 1998, II, pp. 93 ss., specialmente p. 105; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 60; G. LEONE, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RGL*, 2000, I, pp. 993 ss., specialmente pp. 1002-1003.

²²⁶ R. KOVAR, *Droit communautaire*, cit., p. 502.

monopolista non è per definizione in grado di adempiere alla propria missione in modo adeguato, soddisfacendo in misura accettabile la domanda presente sul mercato. In un'ipotesi come questa, è, per contro, proprio *l'apertura alla concorrenza* a permettere un efficiente funzionamento del servizio a vantaggio dei suoi utenti (datori di lavoro e lavoratori).

8.- La sentenza con la quale l'11 dicembre 1997 la Corte di Giustizia ha finalmente definito nel merito l'altrettanto nota vicenda *Job Centre*²²⁷, relativa stavolta al monopolio pubblico italiano del collocamento, conferma in pieno i principi qualche tempo prima affermati in *Höfner* e ne ripercorre tutti i passaggi logici qualificanti.

Metodo e risultati interpretativi sono gli stessi. Anche in tal caso il responso dei giudici comunitari alle questioni sollevate dalla Corte d'Appello di Milano²²⁸ è nel senso che uno Stato membro (l'Italia) viola gli artt. 86 e 90 del TCE allorché, vietando qualunque attività di mediazione e di interposizione tra domanda e offerta di lavoro che non sia svolta dagli uffici pubblici monopolisti, dia origine a una situazione in cui questi ultimi sono necessariamente indotti ad abusare della loro posizione dominante. Situazione che – non diversamente da quanto visto nel caso analizzato in precedenza – si verifica quando ricorrano in particolare i seguenti presupposti: a) gli uffici pubblici di collocamento non sono palesemente in grado

²²⁷ Corte di Giustizia, causa C- 55/96, in *RGL*, 1998, II, p. 29, con nota critica di M. ROCCELLA, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*. Su di essa vedi, tra gli altri, oltre al già citato commento critico di E. ALES, F. CAPELLI, *La Corte di Giustizia CE riconosce l'illegittimità del monopolio italiano di collocamento della manodopera*, in *MGL*, 1998, p. 56; G. RICCI, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre II*, in *DRI*, 1998, n. 2, p. 145; R. FOGLIA, *La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: opportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?*, in *ADL*, 1998, n. 2, p. 539.

²²⁸ È noto che la Corte, con una prima sentenza del 19 ottobre 1995 (causa C- 11/94, in *FI*, 1996, IV, col. 77, con nota di G. MELIADÒ, *Il monopolio pubblico del collocamento e il lavoro interinale in Italia dinanzi ai giudici di Lussemburgo: mancate risposte e problemi aperti*), aveva dichiarato irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata in prima battuta dal Tribunale di Milano nell'ambito del procedimento di omologazione dello statuto della stessa società cooperativa Job Centre, sul presupposto che – in quella fase – ci si trovava di fronte allo svolgimento di funzioni di volontaria giurisdizione nelle quali il remittente non agiva, in senso proprio, in qualità di giudice, come richiesto dall'art. 177 del TCE. Il rinvio sul cui merito la Corte si è pronunciata due anni più tardi con la sentenza qui in esame scaturiva, quindi, dal procedimento (pacificamente giurisdizionale) d'impugnazione promosso dalla Job Centre avverso il provvedimento col quale il Tribunale di Milano aveva coerentemente respinto, alla stregua della normativa nazionale allora vigente, il ricorso per l'omologazione dell'atto costitutivo della società.

di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro; b) l'espletamento effettivo dell'attività di collocamento da parte delle imprese private viene reso impossibile dal mantenimento in vigore di disposizioni di legge che vietano le dette attività sotto comminatoria di sanzioni penali, amministrative e civili; c) le attività in questione possano estendersi a cittadini o territori di altri Stati membri.

Job Centre è perciò interessante non tanto per i principi "sostantivi" affermati, quanto per il particolare "contesto" in cui questi vengono ribaditi dalla Corte.

Job Centre si segnala innanzi tutto per essere il prodotto d'una accorta e ben costruita strategia giudiziaria²²⁹, guidata con maestria da un giurista che è stato tra i più severi critici della kafkiana inefficienza del collocamento pubblico italiano e, coerentemente, tra i più coerenti sostenitori di una radicale riforma dello stesso²³⁰, nel senso della liberalizzazione del servizio e della sua apertura alla concorrenza regolata delle agenzie private.

Lo statuto della società cooperativa *Job Centre* era stato deliberatamente confezionato dagli attori della causa principale per portare dinanzi alla Corte di Giustizia un (preteso) doppio contrasto della normativa italiana sul collocamento col diritto comunitario della concorrenza e del mercato²³¹: da un lato, e in primo luogo, quello derivante dall'assolutezza del monopolio pubblico operante in materia; e dall'altro, quello (collegato al precedente ma da questo autonomo) ulteriormente discendente dal

²²⁹ Vedi specialmente S. SCIARRA, *Diritto*, cit., pp. 590 ss., nonché, più diffusamente, della medesima autrice, *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in EAD. (a cura di), *Labour Law*, cit., pp. 241 ss.

²³⁰ Pietro Ichino ha dedicato un lungo e intenso impegno, sia accademico che politico, alla sistematica denuncia dell'ineffettività del sistema e alla elaborazione di articolati progetti di riforma dello stesso. Vedi almeno P. ICHINO, *Il collocamento impossibile. Problemi e obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, Bari, 1982, nonché ID., *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *DLRI*, 1988, p. 1 (dove l'autore svolge una corrosiva critica all'opzione "conservatrice" espressa dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 248 del 1986). Lo stesso Ichino ha poi in qualche modo voluto dare il massimo risalto all'iniziativa giudiziaria europea che l'ha visto protagonista, pubblicando in un libro da lui curato (*Lavoro interinale e servizi per l'impiego. Il nuovo quadro di riferimento*, Milano, 1995) la documentazione ad essa relativa.

²³¹ Per la verità, le tre questioni pregiudiziali (nuovamente) sollevate dalla Corte d'Appello di Milano riguardavano, oltre che gli (ex) artt. 55, 56, 59, 60, 62, 66, 86 e 90 del TCE, anche l'interpretazione degli artt. 48 e 49. Senonché, quanto a tali ultime disposizioni, la Corte ha subito escluso la deducibilità della loro applicazione *in casu* per l'inconferenza delle stesse rispetto ai fini del giudizio (vedi il punto 13 della motivazione della sentenza e, in dottrina, sulla scorta delle conformi conclusioni dell'Avvocato generale Elmer, M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in B. NASCIMBENE [a cura di], *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, pp. 24 ss., specialmente pp. 28 ss.).

divieto di lavoro interinale (già prosritto, nell'ordinamento in esame, insieme a qualunque altra forma di interposizione nel rapporto di lavoro).

La risposta della Corte, intervenuta quando il legislatore italiano aveva già introdotto una disciplina volta a consentire la fornitura e la prestazione di lavoro temporaneo²³², risulta – come visto – parzialmente conforme alle attese degli attori²³³. Di certo, essa si rivela un fattore decisivo nello spingere il legislatore italiano ad approvare un' incisiva riforma dello stesso sistema del collocamento della manodopera, improntata al principio della liberalizzazione debitamente “governata” (oltre che del decentramento, pure “controllato”) delle relative attività²³⁴.

L'intervento del legislatore italiano riconduce le delicate scelte di politica sociale comunque sottese all'effettiva strutturazione dei servizi di collocamento della manodopera nell'ambito del processo politico nazionale e, soprattutto, depotenzia gli evidenti effetti deregolativi della sentenza della Corte. La brusca intrusione del diritto comunitario della concorrenza nel diritto del lavoro nazionale riesce a recuperare la dimensione virtuosa dell'incontro scambievole tra le due famiglie di diritti *solo* grazie alla compensazione degli effetti di mera integrazione negativa della sentenza della Corte attraverso la positiva riaffermazione di indispensabili principi di tutela del lavoratore, a cominciare da

²³² Vedi la legge 24 giugno 1997, n. 196. Qualunque richiamo all'ormai vastissima letteratura sul tema costituirebbe, qui, un evidente fuor d'opera.

²³³ Si condivide qui – con la dottrina prevalente (per tutti, M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione Comando Lavoro temporaneo Lavoro negli appalti*, ne *Il Codice Civile. Commentario* diretto a P. Schlesinger, Milano, 2000, pp. 32 e 69 ss.) – la lettura “moderata” della sentenza della Corte, giusta la quale, pur con qualche ambiguità semantica, questa avrebbe sancito la sola illegittimità comunitaria del monopolio pubblico dell'attività di *mediazione* della manodopera (cioè, del collocamento) e non, *tout court*, di qualunque divieto di *interposizione* nel rapporto di lavoro. L'intervenuta legalizzazione del lavoro interinale – quale *deroga* qualificata al perdurante e in sé pienamente legittimo divieto generale di interposizione *ex lege* n. 1369 del 1960 – aveva, del resto, sostanzialmente privato di rilevanza pratica la relativa questione, e questo contribuisce a spiegare perché la Corte, pur usando una terminologia piuttosto generica e impropria, abbia in realtà inteso riferirsi al *solo* profilo del monopolio delle attività di mediazione, *i. e.* di collocamento in senso stretto. Tale lettura trova in ogni caso un'importante conferma “retrospettiva” in Corte di Giustizia CE, causa 279/80, *Webb* (in *FI*, 1982, IV, c. 467) ed una indiretta conferma *ex post* nella recente sentenza in causa C-258/98, *Carra* (ma si veda pure Corte di Giustizia CE, causa C-134/95, *USSL n. 47 di Biella*, in *Racc.*, 1997, I, p. 195).

²³⁴ Il riferimento è al d. lgs. n. 469 del 1997, emanato in attuazione delle deleghe conferite al Governo italiano dalla l. n. 59 dello stesso anno. Si veda, per tutti, E. ALES, *La nuova disciplina del mercato del lavoro tra “decentramento controllato” e “liberalizzazione accentrata”*, in *ADL*, 1998, n. 2, p. 539, da cui mutuo in parte la terminologia impiegata nel testo.

quello – radicato anche a livello internazionale – del carattere paritario e gratuito dell'accesso ai servizi del collocamento²³⁵.

Resta, in ogni caso, l'intrinseca portata deregolativa dell'infiltrazione del diritto della concorrenza ove la sua invasività non risulti mediata da misure o interventi d'integrazione positiva, rispondenti alle istanze proprie del diritto del lavoro. Da tale punto di vista – e sta qui il secondo motivo d'interesse per lo speciale “contesto” in cui si situa la pronunzia della Corte –, *Job Centre* svela forse meglio e più di *Höfner* la forza di rottura d'una applicazione non bilanciata, d'un uso per così dire “incontrollato”, dei principi concorrenziali in questo campo.

Si è in precedenza ricordato come – specialmente alla luce dell'opinione espressa dall'Avvocato generale Jacobs – in *Höfner* la Corte abbia considerato decisivo, ai fini dell'accertamento dell'abuso “inevitabile” da parte dell'Ufficio federale del lavoro, la circostanza che questo non fosse manifestamente in grado di soddisfare una domanda così *qualificata e sofisticata* quale quella proveniente dai quadri e dai dirigenti e dai datori interessati alla ricerca e alla selezione di figure professionali da inserire nel *management* dell'azienda. L'inefficienza del servizio pubblico, e quindi l'illegittimità del relativo monopolio legale, derivava, pressoché inevitabilmente, dalla *assoluta specificità* delle esigenze del particolare segmento del mercato del lavoro in riferimento, caratterizzato, del resto, dallo stesso lato dell'offerta, proprio per il tipo di professionalità implicate, da un modesto se non inesistente bisogno di tutela imperativa di marca tradizionale. La prova dell'inefficienza era del resto fornita dalla stessa rapida espansione di un fiorente mercato “parallelo” di società di ricerca e collocamento del personale direttivo, in qualche modo autorizzato o quantomeno tollerato dallo stesso *Bundesanstalt für Arbeit*.

In *Job Centre* il contesto è radicalmente diverso. L'attrice della causa principale aspirava ad operare indifferenziatamente in *tutto* il variegatissimo e straordinariamente eterogeneo universo dell'intermediazione e dell'interposizione di manodopera di *qualunque genere*. D'altra parte, per quanto l'elevatissimo tasso d'inapplicazione della l. 264 del 1949 avesse spianato la strada ad una serie di attività commerciali di mediazione e ricerca del personale più o meno legali, non si poteva parlare di un mercato in qualche modo già riconosciuto o anche solo tollerato da parte delle competenti articolazioni del Ministero del Lavoro italiano. Il mercato, insomma, a differenza di quanto visto in *Höfner*, esisteva più in potenza che in atto: l'obiettivo strategico dell'attrice era esattamente di *aprirlo*, scardinando il divieto legale.

²³⁵ Vedi l'art. 10 del d. lgs. n. 469 del 1997.

È per questa difformità di fondo tra le *concrete* fattispecie esaminate nei due casi dalla Corte di Giustizia, che taluni tra i più attenti osservatori si erano sbilanciati a ritenere che quest'ultima si sarebbe ben guardata dal ripetere lo stesso ragionamento e dal pervenire, in *Job Centre*, alle stesse conclusioni raggiunte in *Höfner*²³⁶.

Nel caso ora in esame, si era argomentato, la prioritaria funzione sociale del collocamento pubblico avrebbe dovuto risultare in tutta la sua evidenza e pregnanza ed in tal senso garantire la sovrana scelta politica del legislatore italiano da un'incondizionata applicazione del diritto della concorrenza, quantomeno nell'ottica dell'art. 90.2 del TCE.

Mentre in *Höfner* gli attori nella causa principale avevano tutto sommato avuto buon gioco nell'evidenziare la modesta funzione protettiva e solidaristica del collocamento pubblico del personale direttivo, in qualche modo isolandolo dal più generale intervento sociale dello Stato²³⁷, e così facilitando la costruzione e la applicazione della figura dell'abuso inevitabile, ora sarebbe stato molto più difficile ignorare gli argomenti del Governo italiano, che poteva per giunta richiamarsi ad una sopravvenuta giurisprudenza comunitaria all'apparenza molto sensibile alla salvaguardia della fondamentale *raison d'être* delle istituzioni della solidarietà sociale²³⁸.

Il fatto che la Corte di Giustizia abbia potuto totalmente disattendere quel robusto ordine di argomentazioni²³⁹, replicando con le sole variazioni strettamente necessarie il ragionamento svolto in *Höfner* ed insieme proclamando un'imperturbabile fedeltà ai principi nel frattempo sanciti in *Poucet e Pistre*, dimostra benissimo l'estrema duttilità della categoria dell'abuso inevitabile (oltre che, come è ovvio, della pervasiva nozione di impresa valevole ai fini del diritto della concorrenza).

Se nel caso tedesco l'inefficienza del servizio è consustanziale alla estrema specificità della domanda, eccezionalmente "esigente" perché di alta qualità, in quello italiano la manifesta inidoneità degli uffici pubblici deriva – tutt'al contrario – dalla impossibilità

²³⁶ Vedi soprattutto M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia*, cit., pp. 104 ss.

²³⁷ Vedi T. HAMONIAUX, *Le service*, cit., p. 454.

²³⁸ Si allude alla sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia CE il 17 febbraio 1993 nelle cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, in *Racc.*, 1993, I, p. 637, sulla quale vedi *infra*, al par. seguente.

²³⁹ Lo rileva, tra gli altri, con accenti critici particolarmente acuti, E. ALES, *Macrotron II, ovvero la Corte di Giustizia abroga il monopolio pubblico del collocamento?*, cit., specialmente pp. 104 ss., che stigmatizza anche la pervicace sottovalutazione da parte della Corte di Giustizia dei "vincoli" anche in tal campo derivanti dall'ordinamento internazionale del lavoro. Sul tale ultimo profilo, vedi pure ID., *Collocamento e rapporto di lavoro: le nuove frontiere della flessibilità nella lotta alla disoccupazione*, in *DL*, 1995, I, p. 162.

dei medesimi di far fronte ad un mercato "estremamente vasto e altamente diversificato", che ricomprende "tutti i settori produttivi" e si riferisce "ad una gamma di attività lavorative che va dalla manovalanza non qualificata sino alle qualifiche professionali più elevate e rare"²⁴⁰.

Lo spettro applicativo della categoria dell'abuso inevitabile della posizione dominante è perciò vastissimo e tale da ricomprendere fattispecie concrete in qualche modo agli antipodi. Lo stesso vale naturalmente per la nozione di impresa. Per essa ciò vale, anzi, *a fortiori*, nella misura in cui la sua straordinaria latitudine crea una sorta di presunzione di "economicità" dell'attività del soggetto che non sarà facile per lo Stato membro interessato superare.

In uno spettro d'azione così ampio, le scelte interpretative della Corte di Giustizia posseggono un elevatissimo grado di discrezionalità. Le categorie fondanti del diritto comunitario della concorrenza sono tutt'altro che oggettive e neutre. Dietro lo schermo, tutt'altro che impenetrabile, di una apparentemente identica razionalità formale, si celano precise opzioni interpretative e di politica del diritto.

Si spiega, a ben guardare, prevalentemente (quando non solamente) in ragione della diversa *rilevanza politica* della questione controversa la decisione di considerare l'ufficio pubblico del collocamento italiano un'impresa che abusa della propria posizione dominante sul mercato e, viceversa, di ritenere la natura non economica d'un ente previdenziale francese per l'assicurazione obbligatoria contro la invalidità e la vecchiaia di determinate categorie di lavoratori autonomi.

Le categorie interpretative sono le stesse, e sono in entrambi i casi virtualmente orientate alla massimizzazione della sfera applicativa del diritto della concorrenza quale strumento principe di garanzia dell'efficienza allocativa del mercato interno. Sostanzialmente non diverse appaiono, nelle due ipotesi, le finalità sociali e solidaristiche delle soggettività di diritto pubblico analizzate; se si vuole, queste hanno anzi nel primo caso una consistenza ancor maggiore che nel secondo, essendo in esso in gioco la protezione sul mercato di soggetti considerabili *in abstracto* socialmente più deboli di quelli destinatari della tutela previdenziale garantita dalle Casse autonome francesi, quali, appunto, i lavoratori subordinati (specie non qualificati).

La diversità dell'esito del giudizio *ex art. 177* del TCE dipende, allora, con ogni probabilità, dal maggior grado di "resistenza politica" dei monopoli previdenziali, dovuta al diverso peso degli interessi (non solo economici) che sarebbero coinvolti in (e pregiudicati da) un incontrollato *spill over* del diritto comune della

²⁴⁰ Così al punto 33 della motivazione della sentenza.

concorrenza sulle competenze statuali in questo decisivo ambito dell'organizzazione dei sistemi nazionali di *Welfare State*. Ma anche in questo caso si danno - come è ovvio e come avremo modo di verificare meglio nei paragrafi che seguono - situazioni molto diverse. E, corrispondentemente, anche gradi di resistenza o di resilienza molto diversi.

9.- Come accennato, è nella sentenza resa nelle cause riunite *Poucet e Pistre*, che la Corte di Giustizia ha affrontato per la prima volta la questione se un ente incaricato di gestire un regime di previdenza obbligatoria sia riconducibile alla nozione di impresa accolta dal TCE e, quindi, assoggettabile alla disciplina della concorrenza in esso contenuta (*i. e.*, riportabile alla ormai nota figura dell'abuso "necessario" della posizione dominante sul mercato).

Ad essere contestato nella specie era, in buona sostanza, il monopolio garantito dalla legislazione francese rispettivamente alla *Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac)* ed alla *Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*. La prima gestiva, attraverso un ente convenzionato, il regime di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori autonomi dei settori diversi dall'agricoltura; la seconda, l'assicurazione per la vecchiaia degli artigiani. Entrambe operavano perciò in posizione di monopolio legale, nell'ambito di regimi speciali di previdenza obbligatoria diretti ad erogare prestazioni sociali di base in favore di determinate categorie di lavoratori autonomi.

Secondo un copione che si ripeterà con poche variazioni praticamente in tutte le controversie del "filone previdenziale", gli attori della causa principale - che nasceva da un'opposizione ad un'ingiunzione di pagamento dei contributi dovuti per legge ai rispettivi enti d'iscrizione - non mettevano in discussione il principio dell'assicurazione obbligatoria in sé e per sé considerato, che invero costituisce la stessa base ontologica dell'idea di Stato sociale²⁴¹, ma contestavano il fatto che l'obbligo non potesse essere liberamente assolto assicurandosi presso imprese private ubicate nel territorio della Comunità europea, alle condizioni ritenute più congrue e vantaggiose. Impedendo agli attori di assicurarsi a condizioni economicamente più convenienti con assicuratori privati (che avrebbero loro garantito prestazioni migliori a prezzi più bassi), gli enti previdenziali convenuti, cui sarebbe senz'altro spettata la qualifica di imprese ai sensi degli artt.

²⁴¹ Vedi la splendida monografia di F. EWALD, *L'État providence*, Paris, 1986.

85 e seguenti del TCE, avrebbero, infatti, (inevitabilmente) abusato della loro posizione dominante sul mercato.

Ampliamente richiamandosi alla sentenza *Duphar*, sia le convenute nelle cause principali che i Governi (di Francia e Germania) intervenuti avevano invece in radice negato l'applicabilità delle regole in tema di concorrenza a due enti previdenziali di natura pubblica come quelli in esame, mettendo in guardia contro i gravissimi rischi che avrebbero potuto conseguire da una sconsiderata invasione delle competenze statali in questo cruciale ambito. Seppure con accenti più pacati e certamente meno inclini a enfaticizzare l'asserita esclusività delle competenze degli Stati membri in materia, anche la Commissione aveva comunque sostenuto che gli enti in questione non svolgevano attività economiche e non costituivano pertanto imprese ai sensi degli artt. 85 e 86 del TCE.

La stessa Corte – pur ribadendo che ai fini del diritto della concorrenza la nozione d'impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, indipendentemente dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento – concluse, in effetti, conformandosi all'opinione dell'Avvocato generale Tesauro, che gli enti in questione dovevano ritenersi esclusi da detta nozione, siccome “enti che concorrono alla gestione del servizio pubblico della previdenza sociale, i quali svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale ed esercitano un'attività, basata sul principio della solidarietà nazionale, priva di ogni scopo di lucro”.

La Corte assegnò a tal fine rilievo determinante a *tutti* i caratteri dell'attività dei due enti nei quali, secondo quanto sostenuto dall'Avvocato generale²⁴², doveva nella specie ritenersi espresso il principio della “solidarietà nazionale”²⁴³. Caratteri alla cui stregua,

²⁴² Vedi in particolare i punti 9 e seguenti della sue conclusioni.

²⁴³ Quello della “solidarietà nazionale” è stato, ovviamente, anche il *topos* dominante delle argomentazioni difensive del Governo francese. Sulla natura “fondativa” di tale categoria politico-giuridica nell'ambito del sistema francese di sicurezza (e più in generale di protezione) sociale, vedi ad ogni modo J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 1996, pp. 225 ss. Nella tradizione giuridica e politica d'oltralpe, si deve soprattutto all'insegnamento di Léon DUGUIT (del quale vedi soprattutto il *Traité du droit constitutionnel* e *Les transformations du droit public*, rispettivamente del 1911 e del 1913) la individuazione nella “solidarietà sociale” di un fine, non solo legittimo, ma assolutamente fondamentale del governo moderno. Per Duguit, la funzione essenziale dello Stato era proprio quella di provvedere alla garanzia dei servizi pubblici, definiti come qualunque attività che richiede di essere pubblicamente regolata e controllata in quanto per l'appunto indispensabile alla realizzazione e allo sviluppo della solidarietà sociale. La teorizzazione della solidarietà nazionale quale fondamento dell'intervento sociale dello Stato e principio cardine dello stesso “contratto repubblicano” coniugherà, nel secondo dopoguerra, la tradizione amministrativistica del servizio pubblico *à la française* con le nuove acquisizioni

stante anche la finalità puramente sociale e l'assenza di qualunque scopo di lucro dei due enti, doveva ritenersi esclusa la natura economica della relativa attività, per riconoscersene, di converso, la funzione esclusivamente sociale.

La Corte riconobbe preliminarmente che i regimi in esame miravano "a garantire a tutti gli iscritti una copertura contro i rischi di malattia, vecchiaia, decesso e invalidità, indipendentemente dalla loro situazione economica e dal loro stato di salute al momento dell'iscrizione"²⁴⁴.

Quanto, più specificamente, al principio di solidarietà, la Corte osservò che, nel regime di assicurazione per la malattia e la maternità, questo andava riconosciuto nel "fatto che detto regime è finanziato da contributi proporzionali ai redditi dell'attività lavorativa e alla pensioni di vecchiaia, restando esenti dall'obbligo contributivo solo i titolari di una pensione di invalidità e gli assicurati pensionati che dispongono di redditi molto modesti, mentre le prestazioni sono identiche per tutti beneficiari", nonché nel fatto che "le persone che non sono più assoggettate a questo regime conservano il diritto di fruire gratuitamente delle prestazioni per un anno"²⁴⁵. Solidarietà, questa, di tipo "distributivo", secondo la terminologia che sarebbe stata più tardi affinata e "sistematizzata" dall'Avvocato generale Tesauro, in quanto comportante una "ridistribuzione del reddito tra i più abbienti e quelli che, in mancanza di un regime del genere e in ragione dei loro mezzi e delle loro condizioni di salute, sarebbero privi della necessaria tutela previdenziale"²⁴⁶.

Nel regime di assicurazione per la vecchiaia, secondo la Corte, "la solidarietà si esprime nella circostanza che sono i contributi versati dai lavoratori in attività che consentono di finanziare le pensioni dei lavoratori collocati a riposo", ed ancora nel fatto del "conferimento di spettanze di pensione senza contropartita di contributi e di spettanze di pensione non commisurate ai contributi versati"²⁴⁷. In tale ipotesi, perciò, ad una solidarietà di tipo "distributivo" o "verticale", se ne aggiunge – in ragione del funzionamento a ripartizione del sistema – una di carattere "intergenerazionale"²⁴⁸.

dell'universalismo solidarista beveridgiano. Per qualche spunto sul tema, che qui può essere ovviamente solo accennato, vedi anche E. PICARD, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services*, cit., pp. 83 ss., specialmente pp. 91 ss.

²⁴⁴ Così al punto 9 della sentenza.

²⁴⁵ Punto 10 della sentenza.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Punto 11 della sentenza.

²⁴⁸ Per l'impiego di questa terminologia, cfr. pure J.-M. BINON, *Solidarité et assurance: mariage de cœur ou de raison? Réflexion sur la ligne de partage entre l'assurance publique et l'assurance privée à la lumière des arrêts Poucet/Pistre*

Infine, come ancora sottolineato dalla Corte, “la solidarietà interviene tra i vari regimi previdenziali, giacché i regimi eccedentari partecipano al finanziamento dei regimi che accusano difficoltà finanziarie strutturali”²⁴⁹. Essa prende, perciò, anche la forma della cosiddetta “solidarietà finanziaria”²⁵⁰.

Dalla pronuncia della Corte risulta abbastanza agevolmente la tendenziale equivalenza o equipollenza degli evocati criteri solidaristici, che paiono tra loro equiordinati e dotati dello stesso valore qualificatorio.

Se è lecito tuttavia estrapolare dalla asciutta motivazione della sentenza una qualche gerarchia interna agli stessi, pare abbastanza corretto attribuire una certa ideale preminenza al criterio (o requisito o indice) della solidarietà *distributiva*²⁵¹.

Risulta, invece, meno chiaro se i suddetti criteri siano “cumulativi”²⁵², debbano cioè ricorrere simultaneamente e congiuntamente ai fini del riconoscimento del principio di solidarietà, o possano per contro essere tra loro (anche solo in parte) alternativi.

Probabilmente, se si propende, come pare più corretto, per una qualche primazia del criterio della solidarietà distributiva, è pure lecito inferire una (almeno parziale) alternatività degli stessi, nel senso che – fermo il criterio principale – potrebbe ritenersi sufficiente la ricorrenza anche di uno solo degli altri due requisiti solidaristici. Insomma, all’interno del “fascio di indici”²⁵³ utilizzato in questa prima occasione dalla Corte, quello più “pesante” e “importante” appare con ogni probabilità quello costituito dal criterio della solidarietà distributiva. Esso potrebbe bastare anche da solo; comunque non potrebbe mai mancare, nel senso che, anche a non voler ritenere che sia di per sé sufficiente, occorrerebbe in ogni caso riscontrarne la necessaria presenza, pur eventualmente accompagnata da quella di (almeno) un altro indice. Ciò che, però, appare assolutamente certo, è che i detti criteri o indici qui rilevano *tutti* ai fini dell’identificazione del principio di solidarietà e, perciò, della definizione – sia pure in negativo – della

Coreva et García de la Cour de Justice des Communautés Européennes, in *RMUE*, 1997, n. 4, pp. 87 ss.

²⁴⁹ Punto 12 della sentenza.

²⁵⁰ Vedi J.-M. BINON, *Solidarité*, cit., p. 103, che parla al riguardo di “solidarietà finanziaria orizzontale”.

²⁵¹ Ivi, p. 98, dove – pur senza attribuirgli una superiore forza qualificatoria – si parla di esso come del “criterio cerniera” tra gli altri due, in quanto espressione più immediata e autentica di quello che, nella concezione tradizionale, è considerato il *noyau dur* dell’assicurazione pubblica.

²⁵² Ivi, p. 106; in tal senso pure D. SIMON, *Les mutations*, cit., p. 76.

²⁵³ D. GADBIN, *Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence: des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers*, in *DS*, 2000, pp. 178 ss., qui p. 180.

nozione di impresa ex art. 85 del TCE. Essi sono, in altre parole, tutti serviti alla Corte, e prima ancora all'Avvocato generale, per escludere che, nella specie, i regimi *Camulrac* e *Cancava* potessero farsi rientrare nella (pur omnicomprensiva) nozione di impresa estrapolata dal Trattato ai fini dell'applicazione delle regole in materia di concorrenza²⁵⁴.

La finalità esclusivamente sociale dei detti regimi e l'assenza di qualunque scopo di lucro da parte dei due enti hanno, invece, anche qui e come in *Höfner*, svolto un rilievo visibilmente secondario, seppur non marginale, nell'indirizzare la decisione della Corte.

Sembra corretto affermare che – una volta accertata l'operatività del principio di solidarietà ed escluso quindi che ricorresse un'attività economica – i suddetti elementi della fattispecie concreta abbiano ulteriormente arricchito, e in questo senso naturalmente completato agli occhi della Corte, la dimensione puramente sociale dell'azione dei due enti previdenziali francesi. Fine sociale e assenza di uno scopo di lucro paiono in altre parole collocarsi “a valle” del principio di solidarietà, rafforzandolo e completandolo pressoché necessariamente ove esso però già esista alla stregua di altri parametri oggettivi.

Da soli, essi non sono tuttavia in grado di alterare la sostanza della fattispecie, o meglio di incidere in maniera determinante sulla qualificazione giuridica della stessa, escludendo, in ipotesi, la natura economica dell'attività esercitata dal soggetto. Volendo ricorrere ad un paragone classico, potrebbe dirsi che essi si delineano – anche in *Poucet e Pistre* – piuttosto come *naturalia* che come *essentialia negotii*.

Considerazioni in parte diverse, e più problematiche, valgono per il “dato” – dalla cui constatazione (e contestazione) aveva preso spunto l'intera vicenda contenziosa – della iscrizione obbligatoria per legge, presso un unico ente previdenziale, delle categorie di lavoratori autonomi cui per l'appunto appartenevano gli attori nella causa principale. Come è stato esattamente notato, in *Poucet e Pistre* l'affiliazione obbligatoria all'ente monopolista viene considerata dalla Corte una “prerogativa” (legittima) ma non un ulteriore indice della ricorrenza di un'assicurazione “sociale” o “pubblica”²⁵⁵. L'obbligo dell'iscrizione è, cioè, assunto come una “costrizione tecnica indispensabile”²⁵⁶ affinché possa attuarsi il principio di solidarietà. Ma, in quanto vincolo e conseguenza tecnica, esso *presuppone* come già operante il principio della

²⁵⁴ Cfr. anche M. FUCHS, *Die Vereinbarkeit von Sozialversicherungsmonopolen mit dem EG-Recht*, in ZIAS, 1996, pp. 338 ss., specialmente pp. 342 ss.

²⁵⁵ In tal senso, J.-M. BINON, *Solidarité*, cit., p. 107.

²⁵⁶ *Ibidem*.

solidarietà, la cui ricorrenza sia stata *previamente* accertata alla stregua dei criteri (o indici) sopra analizzati²⁵⁷.

Alla luce di questo riepilogo dei principali passaggi logici di *Poucet e Pistre*, appare piuttosto chiaro come la Corte – messa per la prima volta direttamente di fronte alla delicata questione se anche degli enti previdenziali pubblici possano essere assoggettati al diritto sovranazionale della concorrenza – abbia adottato una linea di risposta piuttosto decisa, dando un forte segnale nel senso della sostanziale “alterità” delle funzioni solidaristiche dagli stessi perseguiti rispetto alla nozione di attività economica e, quindi, nel senso della piena preservazione delle competenze sociali degli Stati membri in questo essenziale loro ambito d'intervento.

La Corte dà peraltro questa risposta *senza* abdicare alle, o minimamente ridimensionare le, categorie interpretative utilizzate in *Höfner*, di cui ribadisce, anzi, le principali acquisizioni concettuali (e, segnatamente, quella relativa alla nozione omnicomprensiva di impresa).

Ne risulta un ragionamento piuttosto contorto, in molti punti decisamente ambiguo, sicuramente ancora molto aperto nei possibili esiti applicativi²⁵⁸, alquanto variabili – come sempre accade allorché si adotti un metodo di qualificazione di carattere “tipologico”, costruito su indici relativi e funzionali – in relazione alle concrete evenienze della fattispecie di volta in volta in esame.

10.- Lo scenario della successiva sentenza pronunciata in causa *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*²⁵⁹ appare sensibilmente diverso da quello visto appena sopra: il tal caso, infatti, la Corte di Giustizia si trova a dover scrutinare un ente gestore di una forma facoltativa di previdenza integrativa. Il regime *Coreva*, gestito dall'ente pubblico monopolista, sebbene istituito per legge, consisteva, infatti, in una forma complementare e facoltativa di assicurazione per la vecchiaia, operante a capitalizzazione sotto lo stretto controllo e la vigilanza della pubblica autorità.

²⁵⁷ Vedi però J. M. GONZÁLEZ-ORÚS, *Beyond the Scope of Article 90 of the EC Treaty: Activities Excluded from the EC Competition Rules*, in *EPL*, 1999, n. 3, pp. 387 ss., specialmente p. 394, che sembra includere il requisito dell'iscrizione e contribuzione obbligatoria direttamente tra gli indici “primari” della solidarietà sociale.

²⁵⁸ Ben più critico il giudizio di F. KESSLER, *Droit de la concurrence et régimes de protection sociale: un bilan provisoire*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service*, tomo I, cit., pp. 421 ss., specialmente p. 428, dove si parla addirittura di un “ragionamento caotico”, pieno di ambiguità e di (volute) “zone d'ombra”.

²⁵⁹ Corte di Giustizia CE, causa C-244/94, in *Racc.*, 1995, I, p. 4013, nonché in *FI*, 1996, IV, col. 67, con nota di L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*.

Fino al 1988, la *Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole* si era in particolare limitata a gestire, per legge, un regime obbligatorio di base d'assicurazione per la vecchiaia degli agricoltori, regime le cui prestazioni potevano essere liberamente integrate dagli interessati coi prodotti assicurativi complementari offerti sul mercato dalle diverse società private operanti nello stesso. Una legge del 1988 (la *Loi relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social*, n. 88-1202) aveva però sensibilmente alterato il quadro economico e normativo del settore, istituendo, mediante l'introduzione di una nuova disposizione nel *code rural*, un regime integrativo e facoltativo di assicurazione per la vecchiaia degli agricoltori, per l'appunto affidato – con successivo decreto – alla gestione della stessa *Caisse nationale*, a sua volta adiuvata, nel nuovo compito, dalle casse mutue agricole dipartimentali o pluridipartimentali. La stessa legge istitutiva del nuovo regime facoltativo stabiliva, poi, espressamente, che – in deroga alle regole generali – i contributi versati ad esso potessero essere detratti dal reddito imponibile da lavoro degli iscritti.

Alcune delle società d'assicurazione presenti sul mercato avevano, tuttavia, tempestivamente impugnato il decreto succitato dinanzi al Consiglio di Stato per eccesso di potere, deducendo, tra l'altro, la violazione delle disposizioni del TCE in materia di concorrenza. Le ricorrenti avevano in particolare sostenuto che la violazione degli artt. 86, 90 e 92 del TCE sarebbe stata palesemente determinata dalla deducibilità fiscale dei contributi offerta dalla *Caisse nationale* nonché dai vantaggi di cui questa poteva comunque beneficiare quale ente già incaricato di gestire in monopolio il regime di base obbligatorio di assicurazione per la stessa clientela. Convinto dei rilievi delle ricorrenti ma incerto sull'interpretazione delle invocate disposizioni del Trattato, il Consiglio di Stato aveva, quindi, chiesto ex art. 177 alla Corte di Giustizia se, ai sensi degli artt. 85 e seguenti del TCE, potesse essere considerato un'impresa un ente che, senza scopo di lucro, gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia facoltativo, istituito per legge al fine di integrare un regime di base obbligatorio, e che opera secondo il principio della capitalizzazione nel rispetto delle regole stabilite dalle autorità amministrative, in particolare per quanto riguarda le condizioni di adesione, i contributi e le prestazioni.

La Corte di Giustizia perviene, nella specie, facendo apparentemente uso dei medesimi criteri (o indici) di qualificazione impiegati in *Poucet e Pistre*, ad una conclusione esattamente opposta a quella ivi assunta²⁶⁰. Statuisce, infatti, che

²⁶⁰ A. BOSCO, *Are National*, cit., p. 7, parla, al proposito, di un "rovesciamento" delle conclusioni di *Poucet e Pistre*.

un ente del tipo di quello descritto ed oggetto del rinvio pregiudiziale va senz'altro considerato come impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del TCE.

Il Governo francese, forte di *Poucet e Pistre*, aveva, per vero con una certa baldanza, tentato di convincere la Corte del fatto che anche *Coreva* esibisse spiccati profili di solidarietà, forse quantitativamente inferiori rispetto a quelli riscontrati dai giudici comunitari nella sentenza del 1993 ma di certo qualitativamente ad essi assimilabili. Aveva in particolare molto insistito sul fatto che nell'ambito del regime *de quo* fosse assicurata una notevole dose di solidarietà *distributiva*, garantita in special modo dall'esenzione dai (o dalla riduzione dei) contributi accordata agli iscritti in caso di malattia di lunga durata ovvero, sotto altro aspetto, dalla sospensione temporanea dei versamenti per ragioni legate alle condizioni economiche del fondo agricolo o, ancora e più a monte, dall'assenza di qualsivoglia selezione dei soggetti rientranti nel campo di applicazione personale e professionale quale *in abstracto* definito dal *code rural*. Esso aveva poi rimarcato la stretta connessione funzionale col regime obbligatorio di base per i coltivatori diretti. Il preminente fine sociale (anche) del regime *Coreva* avrebbe dovuto essere riconosciuto nel fatto che esso era stato istituito per garantire contro alcuni rischi una fascia di popolazione caratterizzata da un reddito più basso e, al contempo, da un'età media più alta rispetto alle altre categorie socio-professionali. Il regime di base risultava, perciò, assai spesso inidoneo a garantire prestazioni pensionistiche sufficienti agli agricoltori ad esso obbligatoriamente iscritti, e questo avrebbe pienamente giustificato – in termini di sovrana scelta di politica sociale – gli speciali vantaggi collegati all'adesione al *Coreva*, funzionalmente compenetrato allo schema obbligatorio gestito dalla *Caisse nationale*.

Per il Governo francese, l'assenza di qualunque fine di lucro e il rigoroso regime dei controlli pubblici avrebbero dovuto infine senz'altro convincere la Corte di Giustizia della natura non imprenditiva dell'attività svolta dall'ente gestore.

Ma la Corte – conformandosi anche in questo caso alle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro (che si era del resto espressamente rifatto all'opinione enunciata in *Poucet e Pistre*)²⁶¹ – ritenne nel complesso del tutto secondari tali elementi di solidarietà (o di "socialità") e, per contro, senz'altro dominanti le precipue caratteristiche dell'attività economica che si svolge in regime di concorrenza (con le imprese assicurative).

²⁶¹ Vedi in particolare il punto 16 delle sue conclusioni.

Nel ragionamento svolto dai giudici di Lussemburgo paiono assumere rilievo decisivo due circostanze²⁶².

Innanzitutto, il fatto che l'adesione al regime in questione fosse meramente facoltativa. La "portata molto limitata" del principio di solidarietà — afferma la Corte — nella specie si desume o, meglio, "discende dal carattere facoltativo del regime"²⁶³. Se la obbligatorietà dell'iscrizione costituisce una (o forse meglio *la*) conseguenza pressoché ineliminabile e necessaria del principio di solidarietà²⁶⁴, la sua assenza dimostra — *a contrario* — la essenziale inoperatività dello stesso nel caso esaminato.

In secondo luogo, il fatto che il sistema operasse a capitalizzazione e non — come quelli esaminati in *Poucet e Pistre* — secondo la tecnica della ripartizione. L'utilizzo del principio della capitalizzazione è, qui, invero coerente — come aveva sottolineato l'Avvocato generale²⁶⁵ — col carattere facoltativo del regime. Il suo impiego comporta, in ogni caso, l'inesistenza di qualunque forma di solidarietà nel tempo, o tra generazioni, all'interno del regime previdenziale. E più in concreto implica, in definitiva, che le prestazioni in favore degli iscritti dipendano "solo dall'ammontare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente incaricato della gestione"²⁶⁶.

Benché sia innegabile una notevole continuità con la linea di ragionamento svolta in *Poucet e Pistre*²⁶⁷, la sentenza *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* si discosta tuttavia almeno per un importante aspetto dall'impostazione seguita in tale "precedente", cui pure la Corte, ed ancor prima l'Avvocato generale Tesauo, si dichiarano fedeli.

Sembra evidente, infatti, che la Corte — riconnettendo rilievo sostanzialmente decisivo, oltre che al dato in sé puramente

²⁶² Come può agevolmente desumersi soprattutto dal punto 27 della motivazione della sentenza.

²⁶³ Punto 19 della sentenza.

²⁶⁴ Rinvio sul punto alle ultime battute del paragrafo che precede.

²⁶⁵ Al punto 8 delle sue conclusioni.

²⁶⁶ Così il punto 17 della motivazione della sentenza.

²⁶⁷ Potrebbe in effetti sostenersi che il risultato cui perviene la Corte in *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* è comunque sostanzialmente coerente con le premesse logiche poste in *Poucet e Pistre*, nella misura in cui nella specie ricorreva solo uno dei tre criteri o indici di solidarietà in quest'ultima individuati, *i. e.* quello della solidarietà distributiva, essendo invece assenti quelli della solidarietà intergenerazionale e finanziaria. Senza contare il fatto che la stessa solidarietà distributiva si presentava oggettivamente indebolita, quando non inficiata, in ragione del carattere meramente facoltativo del regime pensionistico integrativo gestito dalla *Caisse mutuelle*. È evidente, infatti, che i suoi effetti all'interno della categoria assicurata sarebbero interamente dipesi dalla volontaria adesione dei singoli al programma collettivo. Adesione, certo, variamente incentivata, e per questo altamente probabile, ma in ogni caso libera in principio.

“conseguenziale”²⁶⁸ della facoltatività dell’adesione, alla (sola) circostanza che *Coreva* non fosse gestito a ripartizione – finisce, in tale occasione, per attribuire ideale preminenza al criterio della *solidarietà intergenerazionale* rispetto a quello della *solidarietà distributiva*²⁶⁹.

Il *focus* dell’attenzione della Corte si sposta in tal modo decisamente sul profilo dei sistemi finanziari di gestione delle risorse utilizzati dagli enti previdenziali, assumendo prospetticamente rilevanza dirimente il fatto che viga il principio della ripartizione ovvero si adotti quello della capitalizzazione, nelle sue diverse forme.

Non si tratta di un “aggiustamento” di poco conto. Ciò che di esso colpisce, e va qui più sottolineato, non è tanto la pur sottile contraddizione con la premessa maggiore, assunta dalla stessa Corte di Giustizia, secondo cui, ai fini della definizione della nozione comunitaria di impresa, sono indifferenti, e non devono perciò rilevare, le modalità di finanziamento dell’entità economica presa in esame, oltre che lo *status* giuridico-formale della medesima. Si potrebbe, infatti, replicare che la Corte - coerentemente con l’approccio funzionale adottato a tal fine - svaluti la rilevanza dei *soli* profili *formali* o giuridici delle modalità di finanziamento stabilite dall’ordinamento interno (ad esempio, il fatto che, dal punto di vista di quest’ultimo, si tratti di imposte o piuttosto di contributi previdenziali o, ancora, di somme dovute a titolo corrispettivo e di controprestazione, e così via), mentre torni giustamente ad assegnare pieno rilievo agli aspetti *sostanziali* delle stesse, tali dovendosi in particolare considerare le scelte in merito alla ripartizione o alla capitalizzazione quali metodi di gestione finanziaria delle risorse disponibili.

Va invece piuttosto rimarcato il fatto che, nel prisma della definizione d’impresa ai fini del diritto della concorrenza, il criterio solidaristico che finisce per assumere una naturale preminenza tenda irresistibilmente a divenire quello più legato al dato “tecnico” del sistema di finanziamento/funzionamento economico

²⁶⁸ Ma non ha probabilmente torto chi reputa che, nella sentenza in rassegna, l’obbligatorietà dell’iscrizione, da mera conseguenza che era in *Poucet e Pistre*, diviene la *condizione* stessa della solidarietà. Vedi, in tal senso, F. KESSLER, *Droit*, cit., p. 431, e, sulla sua scia, A. BOSCO, *Are National*, cit., p. 7.

²⁶⁹ Cfr., in senso fortemente critico nei confronti del mutamento di prospettiva in tal guisa operato dalla Corte, P. LAIGRE, *L’intrusion*, cit. In termini analoghi, sia pure nell’ambito di una valutazione nel complesso più benevola nei confronti della sentenza in qui esame, P. MAVRIDIS, *Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire? Quelques réflexions parfois peu conformistes*, in *DS*, 1998, pp. 329 ss., specialmente p. 244, parla di una “*fragilisation*” della giurisprudenza *Poucet e Pistre*, dovuta alla drastica riduzione dell’ambito di “sottrazione della protezione sociale all’impero del diritto della concorrenza”.

dell'attività dell'ente previdenziale. Si tratta di un dato tecnico ricchissimo di implicazioni di principio, per la capacità di svelamento/inveramento di un attributo assai importante della solidarietà complessivamente assicurata dal sistema previdenziale, quale quello della reciprocità e dell'integrazione tra le generazioni dei soggetti che agiscono all'interno di esso.

Ma è anche un fatto che il criterio della solidarietà intergenerazionale – sebbene ben presente all'elaborazione teorica in materia – non rappresenti, tradizionalmente, che *uno* degli indicatori del livello di solidarietà del sistema pensionistico e, anzi, si collochi in posizione di tendenziale subordinazione rispetto all'indice della solidarietà distributiva²⁷⁰.

È, infatti, a ben vedere, soprattutto quest'ultimo che meglio misura – nei suoi termini più generali – l'idoneità del sistema di protezione sociale globalmente considerato a realizzare la sua fondamentale missione di inclusione e di coesione, oltre che di pura e semplice garanzia dai rischi sociali tipici della popolazione assicurata. Non c'è dubbio che, in particolar modo in quei sistemi che – almeno a livello di enunciazioni costituzionali – più si impegnano a ricollegare il principio di solidarietà con quello dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini²⁷¹, sia piuttosto la *capacità redistributiva* del sistema, specie in senso verticale (*i. e.* tra ricchi e poveri), a dare la misura più importante del livello di solidarietà da esso garantito. Se ad esempio si adotta – come suggerisce lo studio capostipite di tutta la nuova generazione di sociologia comparata del *Welfare State*²⁷² – il criterio della capacità di de-mercificazione (*de-commodification*), cioè di liberazione dell'individuo dalle *vagaries* del mercato, propria dei meccanismi di protezione sociale, è il tasso di redistribuzione del reddito (e delle connesse *chances* d'inclusione) all'interno del sistema, e

²⁷⁰ Vedi P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass.DC*, 1995, I, pp. 85 ss., sul punto p. 99.

²⁷¹ Il riferimento, sin troppo ovvio, è ai principi enunciati dalla Costituzione italiana, che, tra quelle dei paesi membri dell'Unione europea, è senz'altro una delle più esplicite nel porre la solidarietà sociale tra i fondamenti intangibili del patto costituzionale (S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *DSoc*, 1996, n. 1, p. 1). Secondo una lettura ormai classica e molto influente sul piano ricostruttivo (cfr. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960), la funzione solidaristica (art. 2 Cost.), quale realizzata (anche) dal sistema della previdenza sociale (art. 38 Cost.), si iscrive pienamente all'interno del progetto emancipatorio divisato dall'art. 3, co. 2, Cost., che impegna solennemente la "Repubblica [a] rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

²⁷² Cfr. G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990, pp. 35 ss.

quindi di nuovo la solidarietà distributiva da questo realizzata, a rilevare in primo luogo ed a "contare" di più.

Il mutamento del *focus* della Corte di Giustizia, già chiaro nella sentenza qui esaminata e ancor più netto in quella oggetto del paragrafo che segue, è, allora, tutt'altro che secondario, come si avrà modo di dire meglio anche più avanti.

Qui mette solo conto di notare, a conclusione delle rapide osservazioni sinora svolte sulla sentenza in rassegna, che la Corte, in conformità alla richiesta del Consiglio di Stato francese, si era limitata a chiarire, nel senso detto, se l'ente incaricato della gestione del regime *Coreva* fosse, *in parte qua*, qualificabile o meno come impresa, senza tuttavia prendere posizione in ordine alla questione sostanziale da cui era scaturito il rinvio pregiudiziale. Ovvero alla questione se l'attribuzione del monopolio di gestione e degli altri vantaggi accessori fosse o meno in contrasto con gli artt. 86, 90 e 92 del TCE.

Mentre l'Avvocato generale Tesauro aveva espresso la convinzione che non vi fossero valide ragioni per cui "detta impresa [godesse] di un trattamento diverso da quello riservato alle imprese concorrenti in grado di assicurare lo stesso servizio a condizioni simili"²⁷³, la Corte aveva lasciato la (soluzione della) questione del tutto aperta e impregiudicata. Essa aveva, anzi, dato l'impressione che le indubbie limitazioni alla competitività derivanti all'ente pubblico dalla pur ridotta presenza nel *Coreva* di oneri di segno solidaristico posti dalla legge avrebbero dovuto essere attentamente valutati ai fini, ad esempio, di un'eventuale giustificazione "del diritto esclusivo di detto ente di fornire assicurazioni per la vecchiaia i cui contributi siano deducibili dal reddito imponibile da lavoro"²⁷⁴. Non aveva, però, fornito in merito alcuna specifica indicazione su come impostare una simile delicata valutazione di "soppesamento" dei *pro* e dei *contra* della pur ridotta funzione solidaristica realizzata dalla *Caisse nationale*. La questione fu quindi risolta direttamente dal *Conseil d'Etat*, che – senza sentire il bisogno di rivolgersi di nuovo alla Corte di Giustizia e forse pago delle più nette indicazioni al riguardo fornite dall'Avvocato generale – riconobbe senz'altro presenti nella fattispecie concreta gli estremi dell'abuso (automatico) di posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 del TCE²⁷⁵.

²⁷³ Punto 22 delle conclusioni.

²⁷⁴ Punto 20 della sentenza.

²⁷⁵ Ne danno conto J.-M. BINON, *Solidarité*, p. 110 e M. LAROQUE, *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française*, in *DS*, 1997, pp. 961 ss., in particolare a p. 966.

11.- Il quadro che si presenta nella causa *Albany International BV*, come in quelle, di contenuto pressoché identico, decise dalla Corte lo stesso giorno²⁷⁶, è ancora diverso, e decisamente più complesso, di quelli rispettivamente alla base di *Poucet e Pistre* e di *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*. Rispetto alla situazione controversa in *Albany International BV*, i precedenti sin qui discussi esibiscono quasi i tratti del "caso limite"²⁷⁷, collocandosi in prossimità degli estremi di un ipotetico spettro che

²⁷⁶ Corte di Giustizia CE, causa C-67/96, *Albany International BV*, in *Racc.*, 1999, I, p. 5751, si legge, tra l'altro, anche in *FI*, 1999, IV, col. 489, con nota di L. DI VIA, nonché in *RIDL*, 2000, II, p. 209, con nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*. Sempre del 21 settembre 1999 sono le pronunce nelle (analoghe) cause riunite C-115/97, C-116/97, C-117/97, *Brentjens' Handelssonderneming BV* e nella causa C-219/97, *BV Maatschappij Drijveden Bokken*, in *Racc.*, 1999, I, rispettivamente pp. 6025 e 6121.

²⁷⁷ Va qui, per dovere di completezza, ricordato anche il caso *García* (causa C-238/94, in *Racc.*, 1996, I, p. 1673), deciso dalla Corte di Giustizia il 26 marzo 1996, cioè a cavallo tra i precedenti analizzati diffusamente nei due paragrafi che precedono (che sono del 1993 e del 1995) e la sentenza ora in discussione. In *García* – ed è questo evidentemente il motivo per cui se ne accenna appena – veniva in pratica in rilievo la stessa situazione già analizzata dalla Corte in *Poucet e Pistre*, con l'unica particolarità che stavolta questa era riguardata dal diverso (ma complementare) angolo visuale della applicabilità o meno della direttiva 92/49/CEE (cosiddetta "terza direttiva non vita"). La risposta della Corte – anche in tal caso preceduta dalle conformi conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro – non poteva che essere, come ovvio, identica a quella data in *Poucet e Pistre*, e cioè che i regimi legali francesi in discussione, in quanto parte del servizio pubblico della previdenza sociale, dovevano ritenersi chiaramente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, intesa a regolare unicamente le attività delle imprese assicuratrici del ramo menzionato (per maggiori ragguagli sul caso, rinvio, in ogni modo, a M. FUCHS, *Die Vereinbarkeit*, cit., p. 344 ss.). *En passant*, va pure ricordato che una parte significativa della linea argomentativa svolta in *Poucet e Pistre* (e, come appena detto, ripetuta in *García*) riaffiora anche nella sentenza *Sodemare*, *supra* citata ad altro proposito. Lì, la Corte aveva espressamente giudicato conforme agli artt. 52, 58, e 85 e segg. del TCE una normativa nazionale (*rectius*, nella specie, la legge n. 1 del 1986 della Regione Lombardia) che consentiva ai soli operatori privati che non perseguissero fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema socio-assistenziale mediante la stipula di convenzioni conferenti il diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi dei servizi a rilevanza sanitaria prestati in tale ambito. Anche in questa sentenza, come appunto in *Poucet e Pistre*, la Corte di Giustizia aveva fortemente sottolineato che "tale sistema socio-assistenziale, la cui realizzazione è in linea di principio affidata allo Stato, è basato sul principio di solidarietà, che si traduce nel fatto che esso è destinato prima di tutto all'assistenza di coloro che si trovano in stato di necessità, a causa di redditi familiari insufficienti, dell'assenza totale o parziale di autonomia o del rischio di emarginazione, e, solo secondariamente, nei limiti che derivano dalla capacità delle strutture e delle risorse disponibili, all'assistenza di altre persone, che, tuttavia, sono tenute a sopportarne, proporzionalmente alla loro situazione economica, i costi, secondo le tariffe stabilite in considerazione dei redditi familiari" (punto 29 della motivazione). Ed aveva anche ribadito che "il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri a prefigurare i loro sistemi previdenziali" (punto 27 della sentenza).

veda contrapporsi previdenza obbligatoria di base (*Poucet e Pistre*) e previdenza integrativa volontaria (*Fédération Française des Sociétés d'Assurance*).

La fattispecie da cui ha tratto origine il rinvio pregiudiziale in *Albany International BV* è, invece, molto più sfumata, e mostra, semmai, i tratti tipici del "caso di confine", della situazione "borderline"²⁷⁸.

La fattispecie è, inoltre, notevolmente complicata dall'incombente presenza della contrattazione collettiva e dal ruolo decisivo giocato dalle parti sociali nella istituzione e nella autonoma determinazione del concreto *design* operativo dei fondi pensione oggetto della controversia nella causa principale. Al quadro, già complesso e denso di profonde implicazioni per alcuni dei punti di snodo più sensibili del diritto nazionale della sicurezza sociale, si aggiunge, perciò, per la prima volta, un elemento di "complicazione" dalla altissima carica simbolica, quale quello del rilievo e del valore dell'autonomia collettiva delle parti sociali nella regolamentazione delle condizioni di lavoro in relazione alla disciplina comunitaria della concorrenza.

Si ha una riprova assai eloquente di questa maggiore ambiguità e complessità, e dei conseguenti più spessi contorni di incertezza, della situazione ora in esame, nell'ondivago atteggiamento assunto nei confronti di essa dall'Avvocato generale Jacobs.

Egli si era infatti già trovato ad esprimere la propria opinione su di un caso del tutto analogo in *Van Schijndel*²⁷⁹. Senonché, in quella prima occasione – nella quale la Corte non giunse a pronunciarsi sul merito per questioni procedurali – egli si esprime nel senso che il fondo pensione olandese sotto esame "[somigliasse] più ad un ente previdenziale sociale che ad un assicuratore privato, e che lo stesso regime si [avvicinasse] più ad un regime di previdenza sociale che a convenzioni pensionistiche private, comprese quelle organizzate su base collettiva"²⁸⁰. Si risolse, perciò, pur con qualche perplessità, a prendere conclusioni esattamente opposte a quelle più tardi rassegnate – *re melius perpensa* – nel caso *Albany International BV*.

Il fatto è che in *Albany* ci si trova effettivamente di fronte a "categorie intermedie di regimi", come ebbe a dire Jacobs proprio in *Van Schijndel*²⁸¹, ovvero a regimi a cavallo tra previdenza

²⁷⁸ Per un utile riepilogo dei suoi essenziali profili e dei termini della vicenda in cui si colloca, vedi pure A. ALLAMPRESE, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*, in *LG*, 2000, n. 1, p. 33. Può, come detto, considerarsi sostanzialmente identica, per quanto qui interessa, la situazione relativa alle altre cause citate nella nota 270.

²⁷⁹ Corte di Giustizia CE, cause riunite C-430/93 e C-431/93, in *Racc.*, 1995, I, p. 4705.

²⁸⁰ Così al punto 64 delle conclusioni presentate il 15 giugno 1995.

²⁸¹ Punto 57 delle conclusioni.

pubblica e privata, e perciò particolarmente dilemmatici, almeno dal punto di vista del diritto comunitario della concorrenza.

Il quadro normativo e fattuale, da cui è scaturita la vicenda dinanzi alla Corte di Giustizia ex art. 177 del TCE, può essere così sintetizzato.

Il sistema pensionistico olandese poggia su tre pilastri: il primo è costituito da una pensione di base, d'importo ridotto calcolato in relazione al salario minimo legale e prevista per legge in favore dell'intera popolazione residente, a prescindere dalla retribuzione effettivamente percepita in precedenza dal soggetto; il secondo comprende le prestazioni pensionistiche complementari, erogate, ad integrazione della pensione di base, in relazione ad un'attività lavorativa subordinata o autonoma e normalmente gestite – come nella specie – nell'ambito di regimi collettivi applicabili ad un intero settore dell'economia, ovvero ad una professione o a un'impresa, attraverso fondi pensione l'iscrizione ai quali sia stata resa obbligatoria, su richiesta delle parti sociali, con provvedimento della pubblica autorità competente; il terzo, infine, è rappresentato dai contratti individuali di assicurazione pensionistica o sulla vita, stipulati, del tutto liberamente, su base volontaria.

L'attore nella causa principale gestisce un'impresa tessile iscritta al Fondo pensione di categoria del relativo settore dal 1975. Sino al 1989, il Fondo – operante nell'ambito del secondo pilastro del sistema pensionistico olandese ed a cui sono in principio obbligatoriamente iscritte le imprese del settore – eroga prestazioni di importo forfettario, non commisurate, cioè, alla retribuzione, ma corrispondenti a una cifra fissa predeterminata per ciascun lavoratore assicurato. Ritenendo la copertura così garantita insoddisfacente, l'Albany International BV stipula nel 1981, presso una compagnia privata di assicurazioni, un regime pensionistico integrativo alla cui stregua la pensione complessiva cui i propri lavoratori avrebbero avuto diritto dopo 40 anni di attività sarebbe stata pari al 70% della loro ultima retribuzione. Senonché, a partire dal 1989, anche il Fondo di categoria modifica *in melius* il suo regime pensionistico, che d'ora in poi attribuisce ai lavoratori iscritti una somma pari anch'essa al 70% dell'ultima retribuzione. Nel luglio del 1989 l'Albany chiede un'esenzione dall'iscrizione al Fondo, ma questo respinge la relativa domanda ritenendo che, nella specie, non ricorrano le condizioni all'uopo prescritte dalla normativa regolamentare in vigore. Contro la decisione del Fondo, l'Albany presenta reclamo alla Camera delle assicurazioni, che – con un parere interlocutorio e legalmente non vincolante – precisa che quest'ultimo non poteva considerarsi obbligato ma soltanto autorizzato a concedere, nella fattispecie, in via discrezionale, l'esenzione richiestagli. Il Fondo ritiene di non dovere accedere a

tale soluzione e provvede a notificare alla Albany un'ingiunzione per il pagamento dei contributi da essa non corrisposti per l'anno 1989, con le relative maggiorazioni.

L'Albany propone, allora, opposizione contro l'ingiunzione dinanzi al *Kantongerecht* di Arnhem il quale, uniformandosi al parere della Camera delle assicurazioni, ma ritenendo che la decisione della controversia dipenda dall'interpretazione delle disposizioni del TCE in tema di concorrenza, propone alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali. Segnatamente ed in buona sostanza : a) se un fondo pensione come quello di cui alla causa *a quo* – incaricato della gestione di un regime pensionistico integrativo, istituito da un accordo collettivo stipulato dalle associazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro del settore, l'affiliazione al quale sia stata resa generalmente obbligatoria dalla pubblica autorità – costituisca un'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del TCE; b) se gli artt. 5 e 86 del Trattato ostino alla decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria *erga omnes* l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria, previa domanda delle organizzazioni dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori del settore economico in rilievo; c) se, infine, gli artt. 86 e 90 del TCE precludano l'attribuzione ad un fondo pensione del genere del diritto esclusivo di gestire, in un determinato settore, un regime pensionistico integrativo.

È indispensabile esaminare con cura le risposte della Corte e, prima ancora, le conclusioni al riguardo raggiunte dall'Avvocato generale Jacobs nella sua lunghissima opinione. Lo si farà nell'ordine logico seguito dai giudici e ancor prima suggerito dall'Avvocato generale, cominciando cioè dalla cruciale questione del rapporto tra contrattazione collettiva delle parti sociali e diritto comunitario *antitrust*. Questione in sé di decisiva rilevanza e comunque logicamente preliminare, in tutte le cause in esame, a quella, qui maggiormente approfondita, della compatibilità colle regole comunitarie di concorrenza dei monopoli nazionali di previdenza sociale.

Gli esegeti dell'ellittica motivazione della sentenza sono divisi sulla portata dell'immunità *antitrust* che la Corte di Giustizia – nel rispondere negativamente alla questione se gli artt. 3, lett. g), 5 e 85 del Trattato ostino alla decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda sindacale, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria – ha riconosciuto ai “prodotti” dell'autonomia collettiva²⁸². L'Avvocato generale Jacobs aveva al

²⁸² Benché spinti da opposti intendimenti ricostruttivi, ritengono che la Corte abbia concesso un'immunità pressoché completa sia A. ANDREONI, *Contratto*, cit., pp. 984-985 (che in pratica fa rientrare nell'area immune dal diritto della concorrenza qualunque espressione dell'autonomia collettiva, cui i giudici di Lussemburgo avrebbero accordato finalmente una chiara precedenza nella

riguardo svolto un ragionamento assai più articolato e ricco di distinzioni analitiche che non trovano compiuta corrispondenza nella motivazione della pronuncia, la quale in effetti lascia l'interprete in uno stato di qualche incertezza in ordine al centrale problema di quali siano i "giusti confini" dell'immunità dalle regole di concorrenza del contratto collettivo.

Sia pure anch'egli prevalentemente concentrato sul tema della *tendenziale* inapplicabilità *ratione materiae* dell'art. 85 TCE alle *genuine* espressioni dell'autonomia collettiva, l'Avvocato generale non aveva, per vero, innanzi tutto fatto mancare una coerente (benché discutibile) risposta alla *preliminare* questione dell'assoggettamento *ratione personae* alle regole di concorrenza delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Escluso, alla luce di una puntigliosa ricognizione del dato normativo sovranazionale, che i lavoratori subordinati possano essere qualificati come "imprese"²⁸³, l'Avvocato generale aveva necessariamente esteso la stessa conclusione alle rispettive organizzazioni sindacali, almeno nella misura in cui esse agiscano nella qualità di rappresentanti dei loro iscritti nella difesa collettiva e accorpata degli interessi professionali ad essi imputabili²⁸⁴. Egli aveva però recuperato i contratti collettivi all'area di almeno potenziale incidenza *ratione personae* dell'art. 85 del Trattato, sostenendo che la qualifica di impresa va per contro sempre riconosciuta alle organizzazioni dei datori di lavoro. Anche "quando partecipano alla contrattazione collettiva i datori di lavoro rimangono imprese"²⁸⁵. Ne consegue, coerentemente (ma

gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento comunitario), sia R. J. VAN DEN BERGH e P. D. CAMESASCA, *Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wraith of Antitrust*, in *ELR*, 2000, p. 492 ss, specialmente p. 508 (critici invece nei confronti della sentenza, proprio perché, a loro dire, incapace di individuare i giusti confini dell'esenzione in omaggio a una corretta valutazione dei criteri di razionalità economica che avrebbero dovuto presiedervi). La maggior parte dei commentatori si situa, tuttavia, su posizioni mediane (cfr., tra gli altri, M. PALLINI, *Il rapporto*, cit., pp. 241-242), e non pochi riconoscono – come tende a ritenere anche chi scrive – che in realtà non esistano difformità sostanziali tra le conclusioni raggiunte dall'Avvocato generale Jacobs e quelle fatte proprie dalla Corte (in tal senso, ad esempio, G. LEONE, *La nozione*, cit., p. 1017; S. VOUSDEN, *Albany, Market Law and Social Exclusion*, in *ILJ*, 2000, p. 181). Secondo C. BARNARD e S. DEAKIN, *In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights*, in *IRJ - AR 1999/2000*, pp. 121 ss., specialmente p. 126, la Corte avrebbe adottato, a differenza dell'Avvocato generale, un criterio "essenzialmente soggettivo", in quanto per lo più diretto a considerare gli scopi perseguiti dalle parti sociali nell'ambito delle trattative e dell'attività negoziale. Tale approccio, come è ovvio, limiterebbe sensibilmente l'ampiezza dello scrutinio giudiziale a favore della autonomia delle parti sociali.

²⁸³ Vedi i punti 209 ss. delle conclusioni.

²⁸⁴ Vedi i punti 218 ss. delle conclusioni.

²⁸⁵ Punto 235 delle conclusioni.

discutibilmente), che “ogni accordo collettivo tra le parti sociali presuppone un accordo implicito tra le imprese della parte datoriale”²⁸⁶.

La Corte non ha, viceversa, affrontato *ex professo* la questione, lasciandola, per taluni, pericolosamente indeterminata²⁸⁷, ed anzi compiendo, per altri, un autentico “salto logico”²⁸⁸ nell'affrontare senz'altro quella, che avrebbe dovuto esserle solo consequenziale o meglio subordinata, della assoggettabilità *ratione materiae* del contratto collettivo alle regole di concorrenza.

È tuttavia lecito supporre, tenuto anche conto delle indirette conferme provenienti dalle successive sentenze *Pavlov e van der Woude*²⁸⁹, che la Corte abbia almeno implicitamente fatto propria l'analisi svolta in argomento dall'Avvocato generale Jacobs, ritenendo la questione sostanzialmente assorbita da quella della immunità sotto il profilo oggettivo della contrattazione collettiva tra le parti sociali²⁹⁰.

Neppure sotto tale profilo la risposta della Corte è tuttavia chiara come quella proposta dall'Avvocato generale. Quest'ultimo aveva raggiunto la elaborata conclusione che i contratti collettivi potessero in quanto tali considerarsi esentati dall'applicazione del diritto comunitario della concorrenza solo a certe, ben definite condizioni. Aveva in particolare proposto “tre condizioni per la concessione dell'esenzione *ipso facto* di tali accordi”²⁹¹, tutte sicuramente ricorrenti nel caso di specie²⁹².

In primo luogo, secondo quanto osservato dalla stessa Commissione, “l'accordo deve essere stipulato nel quadro formale della contrattazione collettiva tra le parti sociali”²⁹³. In secondo

²⁸⁶ Punto 244 delle conclusioni.

²⁸⁷ Vedi, in tal senso, S. EVJU, *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle*, and van der Woude, in *IJLLIR*, 2001, n. 2, p. 165. S. PICCININNO, *La natura*, cit., p. 297, stigmatizza il fatto che la Corte, in tal modo, finisca per non chiarire (almeno *apertis verbis*) neppure se i sindacati dei lavoratori possano o meno essere considerati imprese. Non è un caso che il tema rimanga tra i più delicati e dibattuti del *post Albany*: vedi A. SØNSTELI JOHANSEN, *Competition Law and Collective Agreements – the Municipal Pension Scheme Presented for the EFTA Court*, in *IJLLIR*, 2001, n. 1, p. 93.

²⁸⁸ G. LEONE, *La nozione*, cit., p. 1013.

²⁸⁹ Sulle quali si vedano i successivi paragrafi 12 e 13.

²⁹⁰ Cfr., in termini simili, L. IDOT, *Droit social*, cit., p. 7.

²⁹¹ Punto 190 delle conclusioni.

²⁹² Vedi il punto 296 della opinione, ove l'Avvocato generale conclude nel senso che “l'art. 85, n. 1, non è applicabile *ratione materiae* agli accordi collettivi tra le parti sociali con i quali i datori di lavoro concordino di versare a ciascun dipendente appartenente ad un determinato settore un contributo pensionistico di importo determinato, in quanto si tratta di accordi collettivi tra lavoratori e datori di lavoro conclusi in buona fede su materie fondamentali della contrattazione collettiva, quali i salari e le condizioni di lavoro, che non incidono direttamente su terzi o su altri mercati”.

²⁹³ Punto 191 delle conclusioni.

luogo, “l’accordo deve essere stipulato in buona fede”²⁹⁴, nel senso che contratti collettivi conclusi nell’ambito delle procedure loro proprie, ma diretti in realtà a fungere “semplicemente da copertura per una seria restrizione della concorrenza tra datori di lavoro sul mercato dei loro prodotti”²⁹⁵, non potrebbero comunque godere dell’immunità. In terzo luogo, e per quanto tale decisivo aspetto della delimitazione dell’area dell’immunità dei contratti collettivi non sia facilmente determinabile in concreto, “l’accordo collettivo deve riguardare materie fondamentali della contrattazione collettiva, quali i salari e le condizioni di lavoro, e non deve incidere direttamente su terzi o su altri mercati. Il criterio dovrebbe consistere nello stabilire se l’accordo si limiti a modificare o a creare diritti e obblighi nell’ambito del rapporto di lavoro tra lavoratori e datori di lavoro o se ecceda tale ambito, incidendo direttamente sui rapporti tra datori di lavoro e terzi, quali clienti, fornitori, datori di lavoro concorrenti o consumatori”²⁹⁶.

L’Avvocato generale era pervenuto a tale circostanziata proposta dopo una lunga analisi, che si era scomposta in un’ampia disamina del quadro offerto in materia, con (asserita) prevalente convergenza di risultati, dal diritto comparato²⁹⁷, e quindi in un’indagine volta a verificare se (ed eventualmente in quale misura) l’art. 85.1 del Trattato fosse o meno applicabile *ratione materiae* ai contratti collettivi²⁹⁸. Verifica, questa, a sua volta suddivisa in una triade di passaggi logici, nei quali l’Avvocato generale aveva in sequenza escluso un’eccezione generalizzata in favore del settore sociale nella sua globalità²⁹⁹, negato quindi l’esistenza, a livello comunitario, di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva³⁰⁰, ma infine ugualmente desunto il suddetto, pur limitato, principio di tendenziale immunità della medesima da un’interpretazione coerente e sistematica del Trattato, volta a restituire armonia, eliminandone la “potenziale frizione”³⁰¹, tra le norme in tema di concorrenza e quelle – definite “di pari rango”³⁰² – in tema di politica sociale.

La motivazione della sentenza della Corte è, sul punto, decisamente brachilogica, se confrontata con l’inusitata ampiezza d’argomentazione dell’opinione dell’Avvocato generale Jacobs. Essa utilizza una formula decisamente sintetica per giungere, comunque, alla stessa conclusione suggeritale dall’Avvocato

²⁹⁴ Punto 192 delle conclusioni.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Punto 193 delle conclusioni.

²⁹⁷ Vedi i punti 80 ss. delle conclusioni.

²⁹⁸ Vedi i punti 113 ss. delle conclusioni.

²⁹⁹ Vedi in particolare il punto 130 delle conclusioni.

³⁰⁰ Vedi in particolare i punti 158 ss. delle conclusioni.

³⁰¹ Punto 177 delle conclusioni.

³⁰² Così al punto 179 delle conclusioni.

generale. E cioè che “l’accordo controverso nella causa principale, in base alla sua natura e al suo oggetto, non rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato”³⁰³.

Sono due, e non tre, almeno all’apparenza, gli elementi presi in considerazione della Corte. L’accordo è esentato dall’applicazione *ratione materiae* delle regole di concorrenza di cui all’art. 85.1 del TCE per la sua “natura” ed il suo “oggetto”. In quanto, da un lato, esso “è stato stipulato sotto forma di accordo collettivo e costituisce il risultato di una trattativa collettiva tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori”³⁰⁴; e, dall’altro, esso “istituisce, in un determinato settore, un regime pensionistico integrativo gestito da un fondo pensione l’iscrizione al quale può essere resa obbligatoria”, contribuendo, così, “direttamente al miglioramento di una delle condizioni di lavoro dei lavoratori, ossia la loro retribuzione”³⁰⁵.

Tale riduzione a due delle condizioni applicative della “immunità oggettiva” del contratto collettivo ha, come ricordato, suggerito ad una parte della dottrina l’idea che la Corte abbia con ciò voluto “ammorbidire” la più rigida posizione espressa dall’Avvocato generale, pretermettendo, in particolare, deliberatamente il requisito dell’assenza di dirette lesioni della sfera di terzi ovvero delle situazioni giuridiche ricadenti nell’ambito di mercati diversi da quello del lavoro³⁰⁶. Secondo taluni, lo stesso generico riferimento a “natura e oggetto” del contratto collettivo denoterebbe una sostanziale apertura della Corte a operazioni di pressoché totale immunizzazione dal diritto della concorrenza dei prodotti dell’autonomia collettiva, non solo ben oltre quanto suggerito dall’Avvocato generale, ma probabilmente anche al di là di quanto farebbero, nei rispettivi ambiti, i diversi sistemi nazionali oggetto dell’esame comparativo svolto da quest’ultimo nella sue conclusioni³⁰⁷.

Anche alla luce degli ulteriori affinamenti concettuali al riguardo compiuti dalla Corte nelle successive pronunce *Pavlov* e *van der Woude*, pare tuttavia più corretto affermare che – al di là delle innegabili differenze di accento e di sfumatura – non esistano sostanziali difformità di impostazione tra questa e l’Avvocato generale Jacobs.

³⁰³ Punto 64 della sentenza (corsivo aggiunto).

³⁰⁴ Punto 62 della sentenza.

³⁰⁵ Punto 63 delle conclusioni.

³⁰⁶ Lo suggerisce, in qualche modo, lo stesso Avvocato generale Fenelly nelle conclusioni rassegnate l’11 maggio 2000 nella causa C-222/98, *Hendrik van der Woude*, in particolare al punto 32.

³⁰⁷ In questo senso si esprimono in particolare R. J. VAN DEN BERGH e P. D. CAMESASCA, *Irreconcilable*, cit., pp. 500 ss.

Neanche sotto il profilo in cui più netto appare lo scarto tra il linguaggio usato dalla Corte e quello impiegato dall'Avvocato generale - e cioè quanto al problema dei limiti derivanti alla autonomia collettiva dal doveroso rispetto delle posizioni dei terzi che operano nel mercato dei prodotti e dei servizi - sembrano sussistere reali differenze di vedute tra sentenza e conclusioni³⁰⁸.

La Corte, sia pure in modo solo implicito, esclude, infatti, nella specie, che gli accordi istitutivi di fondi pensione eccedano la sfera di immunità oggettiva riservata all'autonomia collettiva sulla base di argomenti assimilabili a quelli utilizzati dall'Avvocato generale. Il passaggio - come si dirà più diffusamente nel prosieguo della trattazione - viene certamente meglio esplicitato in *van der Woude*³⁰⁹, ma può ritenersi sufficientemente chiaro anche in *Albany*. Come l'Avvocato generale Jacobs, anche la Corte ritiene che si verta nell'ambito di materie rientranti nelle "core issues" della contrattazione collettiva e che il fatto che per la loro gestione operativa si sia scelto di istituire un soggetto distinto, quale un fondo pensione dotato di sicura natura imprenditoriale e certamente interferente col mercato dei servizi assicurativi, non possa minimamente cambiare la sostanza delle cose.

In realtà, la formula utilizzata dalla Corte abbraccia "sincreticamente" e fa proprie le stesse condizioni di validità dell'esenzione più in dettaglio spiegate nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs.

Non diversa è, poi, nella sentenza, oltre che l'estensione, la *ratio* dell'esenzione. Anche la Corte ne individua la radice ultima in quella "interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato", dalla quale - come ritenuto dallo stesso Avvocato generale - non può non risultare che gli accordi conclusi dalle parti sociali al fine di conseguire gli obiettivi loro propri debbono essere considerati, "per la loro natura e il loro oggetto", non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85.1³¹⁰.

La Corte nega - come l'Avvocato generale - una esenzione totale non solo della materia sociale ma della stessa contrattazione collettiva³¹¹. Il confronto dialettico tra le disposizioni in tema di concorrenza e quelle in materia di politica sociale (e di dialogo

³⁰⁸ Sul punto concorda anche P. ICHINO, *Collective Bargaining and Antitrust Laws: an Open Issue*, in *IJCLLR*, 2001, pp. 185 ss., che pure è critico, sotto altri profili, nei confronti della soluzione accolta dalla Corte, laddove in particolare - non diversamente dall'Avvocato generale Jacobs - essa esenta senz'altro i contratti collettivi che siano diretti a migliorare le condizioni di lavoro, senza, tuttavia, porsi il problema di precisare i contorni di questa ambigua nozione in chiave di analisi economica del diritto.

³⁰⁹ Vedi sin d'ora il punto 26 della sentenza.

³¹⁰ Punto 60 della sentenza.

³¹¹ Sottolinea, anzi, la "grande prudenza" usata al riguardo dalla Corte di Giustizia, D. GADBIN, *Les fonds*, cit., p. 183.

sociale in particolare) è condotto dalla Corte sostanzialmente negli stessi termini proposti dall'Avvocato generale, e giustifica l'identica conclusione secondo cui "gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro"³¹².

È assai sintomatico della detta sostanziale coincidenza di percorsi argomentativi e di soluzioni, il fatto che la Corte, ancorché ancora una volta in modo solo implicito, escluda, come l'Avvocato generale, l'esistenza di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva autonomamente protetto dall'ordinamento comunitario³¹³.

Si tornerà meglio più avanti su questo delicatissimo passaggio della sentenza (e delle conformi conclusioni dell'Avvocato generale). Qui mette soltanto conto di osservare che esso rappresenta l'aspetto che illumina forse meglio di ogni altro i limiti dell'"approccio funzionalista"³¹⁴ seguito dalla Corte in tema di contrattazione collettiva, appunto in *sostanziale concordanza* di vedute coll'Avvocato generale Jacobs.

Un certa difformità tra le soluzioni proposte dall'Avvocato generale e quelle poi effettivamente accolte dalla Corte di Giustizia si registra, piuttosto, in ordine al tema che qui più specificamente interessa, quello dei limiti della compatibilità col diritto comune della concorrenza del regime obbligatorio di previdenza integrativa, gestito in monopolio dal fondo di settore olandese parte della causa principale. Ma neppure qui, pur a fronte di un accoglimento solo parziale delle conclusioni dell'Avvocato generale, si può probabilmente parlare di differenze decisive.

Uniformandosi in pieno all'opinione dell'Avvocato generale³¹⁵, la Corte ha dato innanzi tutto risposta affermativa al quesito se il fondo in parola fosse o meno un'impresa ai fini del diritto comunitario della concorrenza³¹⁶.

³¹² Punto 59 della sentenza.

³¹³ Lo rilevano criticamente, tra gli altri, S. SCIARRA, *Diritto*, cit., p. 597; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 2000, I, pp. 779 ss., specialmente pp. 821 e 823, e M. PALLINI, *Il rapporto*, cit., p. 235; lo dà per scontato, ma in termini sostanzialmente adesivi, P. ICHINO, *Collective*, cit., pp. 187-188.

³¹⁴ Cfr. M. PALLINI, *Il rapporto*, cit., pp. 237 e 242.

³¹⁵ Vedi il punto 348 delle conclusioni.

³¹⁶ Anche la Commissione, che aveva avverso le domande dell'attore nella causa principale in punto di contrattazione collettiva, si era espressa in questo senso, dissociandosi dalla tesi sostenuta dai Governi intervenuti nel procedimento, i quali avevano tutti, con vari argomenti, vanamente sostenuto l'idea della non riconducibilità del fondo alla nozione di impresa.

I giudici comunitari hanno al fine considerato decisivo il fatto che è "lo stesso fondo pensione di categoria a stabilire l'ammontare dei contributi e delle prestazioni e che esso funziona in base al principio di capitalizzazione"³¹⁷. Con la conseguenza che, al pari di quanto riscontrato in *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, "contrariamente alle prestazioni erogate dagli enti incaricati della gestione dei regimi previdenziali obbligatori cui si riferisce la citata sentenza *Poucet e Pistre*, l'importo delle prestazioni erogate dal fondo dipende dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati e per i quali è soggetto, al pari di una società di assicurazioni, al controllo della *Verzekeringskamer*"³¹⁸. D'altra parte, poiché il fondo in questione è in certi casi tenuto ed in altri autorizzato a concedere un'esenzione ad un'impresa assicurativa che – soddisfacendo determinati requisiti di legge – gliene faccia richiesta, esso già si trova, perciò stesso, a svolgere "un'attività economica in concorrenza con le società assicuratrici"³¹⁹.

Questi elementi – dai quali è desunta la natura economica dell'attività svolta dal fondo – fanno aggio, ad avviso della Corte, sui "minori" connotati solidaristici della gestione, pur indubbiamente presenti nella specie e del resto vigorosamente segnalati dai Governi intervenuti proprio sulla falsariga di *Poucet e Pistre*.

E così, per la Corte, non è idoneo a escludere la natura imprenditiva dell'attività svolta dal fondo il fatto che le sue prestazioni costituiscano – per i dipendenti del settore interessato – un complemento pressoché essenziale della pensione di base, che nel sistema olandese è parametrata sui livelli minimi e uniformi³²⁰, cioè indipendenti dai contributi versati dal soggetto, tipici delle prestazioni universalistiche di "cittadinanza"³²¹. Né allo stesso fine rileva il fatto che nell'ambito del regime *de quo* si attui un certo grado di solidarietà distributiva, dato dalla mancanza di equivalenza a titolo individuale tra contributi versati (indipendenti dal rischio) e prestazioni (rapportate a un salario medio), dalla

³¹⁷ Punto 81 della sentenza.

³¹⁸ Punto 82 della sentenza.

³¹⁹ Punto 83 della sentenza. Qui la Corte accoglie esattamente il rilievo dell'Avvocato generale Jacobs, ma poi non lo porta, come da questi invece suggerito, anche alla conseguenza di ritenere che il suddetto potere, pur limitato, di esenzione, cui il fondo assoggetta in parte i suoi stessi concorrenti, sia, per ciò stesso, in contrasto con l'art. 86 del TCE.

³²⁰ Essa è infatti di importo ridotto, quando pure non esiguo, calcolato in base al salario minimo legale a prescindere dalla retribuzione effettivamente percepita in precedenza dal lavoratore. Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, al punto 3.

³²¹ Cfr. M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993, pp. 165 ss.

continuazione della costituzione della pensione con esonero dal versamento contributivo in caso di incapacità lavorativa o, ancora, dalla incondizionata universalità dell'accesso alla tutela, *i. e.* dall'assenza di qualunque forma di selezione degli assicurati in ragione delle loro condizioni di salute. Né, come ormai acclarato, conta il fatto che il fondo è privo di lucro e – in relazione all'esclusivo fine sociale perseguito – è soggetto a penetranti controlli pubblici, che investono in primo luogo i criteri e le modalità di investimento delle risorse finanziarie dallo stesso incamerate e accumulate.

Nessuno dei detti elementi – né isolatamente, né in congiunzione con gli altri – è tale perciò da escludere la natura economica dell'attività dell'entità considerata.

Nondimeno, secondo la Corte, essi rendono palese il fatto che “il regime pensionistico controverso di cui trattasi nella causa principale adempie ad una funzione sociale fondamentale nel sistema pensionistico dei Paesi Bassi a causa dell'importo ridotto della pensione legale, calcolato sulla base del salario minimo legale”³²². E poiché nel loro insieme incidono sensibilmente sulla capacità competitiva del fondo, evidentemente riducendola rispetto a quella delle imprese assicurative concorrenti, essi giustificano – ad avviso della Corte di Giustizia – l'attribuzione al fondo medesimo del monopolio di gestione (quindi l'obbligo generale di iscrizione), come anche, sia pure sotto altri aspetti, le (peraltro limitate) prerogative concernenti il potere di esenzione delle imprese del settore economico interessato. Di qui la risposta negativa alla questione se gli artt. 86 e 90 del TCE ostino a che le autorità pubbliche attribuiscano a un fondo pensione come quello in causa, dopo aver legittimamente esteso *erga omnes* il contratto collettivo che lo istituisce, il diritto esclusivo di gestire, per il proprio settore di competenza, un regime pensionistico integrativo. È importante evidenziare come – così statuendo – la Corte si sia, come sopra accennato, significativamente discostata dall'opinione espressa dall'Avvocato generale Jacobs.

È vero che questi, elencando i criteri di valutazione cui il giudice nazionale avrebbe dovuto attenersi nel dirimere la questione, aveva lasciato trasparire una qualche preferenza per una soluzione sostanziale del genere di quella sul punto direttamente assunta dalla Corte. Resta però il fatto che egli aveva sostenuto che ogni effettiva valutazione relativa alla giustificabilità o meno dei diritti esclusivi di gestione riservati al fondo avrebbe dovuto per l'appunto essere lasciata al *giudice nazionale*, il solo – a suo dire – in grado di poter disporre di una visione sufficientemente completa della complessa congerie di elementi economici e sociali in rilievo

³²² Punto 105 della sentenza.

nella vicenda e di poter quindi operare il necessario bilanciamento di interessi implicato dall'art. 90.2 del TCE³²³.

Del resto, l'Avvocato generale non era apparso del tutto persuaso che la fattispecie in esame potesse essere interamente ascritta al novero dei casi "del tipo *Corbeau*", nei quali è immediatamente operabile "una valutazione comparativa in relazione alla giustificazione della portata del monopolio"³²⁴. L'attore della causa principale aveva in realtà chiaramente denunciato situazioni di abuso della posizione dominante ex art. 86 del TCE (in termini di limitazioni della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori) sussumibili nella fattispecie astratta ricorrente nelle "sentenze del tipo *Höfner e Elser*", asserendo che il fondo non fosse palesemente in grado di soddisfare la domanda presente nel mercato. E neppure in questo caso, secondo l'Avvocato generale, la Corte sarebbe stata in grado di compiere le "complesse valutazioni economiche e di fatto"³²⁵ a tal fine necessarie, dovendosi perciò rinviare l'esame al giudice nazionale, sia pure all'interno di una griglia di criteri generali predefiniti dal giudice comunitario.

Egli si era d'altra parte dichiarato apertamente contrario all'ipotesi che il fondo potesse disporre d'una pur limitata facoltà discrezionale di esenzione delle imprese con esso concorrenti, ritenendola evidentemente in contrasto – per il conflitto di interessi in cui si sarebbe trovato il titolare del potere – con l'art. 86 del TCE³²⁶.

La Corte, invece, come detto, da un lato esclude che tale ultima prerogativa possa determinare – al contrario di quanto doveva ritenersi ad esempio nella diversa ipotesi esaminata nella causa *GB-Inno-BM* – un abuso di posizione dominante e, ciò che più rileva, dall'altro compie direttamente l'operazione comparativa richiesta dall'art. 90.2, concludendo senz'altro per la legittimità del monopolio.

Anche l'Avvocato generale Jacobs aveva preso in considerazione – tra le possibili cause di giustificazione del monopolio ai sensi dell'art. 90.2 – l'effetto perverso che sull'equilibrio finanziario del fondo, in assenza dello stesso, avrebbe potuto giocare l'eventuale innescarsi di una "spirale negativa", in cui "i rischi buoni (ad esempio grandi imprese con personale giovane e in buona salute

³²³ "L'art. 90, n. 2, mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese quali strumenti di politica economica o sociale con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza sul mercato interno e al mantenimento dell'unità del mercato comune. In quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, esso dev'essere interpretato restrittivamente" (punto 436 delle conclusioni).

³²⁴ Punto 417 delle conclusioni.

³²⁵ Punto 411 delle conclusioni.

³²⁶ Vedi il punto 468 delle conclusioni.

che svolge attività non pericolose) cercherebbero accordi più vantaggiosi con assicuratori privati, lasciando ai fondi una maggiore concentrazione di rischi cattivi". Ciò che avrebbe potuto determinare, a sua volta, "un aumento del costo delle pensioni, ad esempio, dei lavoratori delle piccole e medie imprese con personale anziano che svolge attività pericolose", rendendo, per queste, "sempre più difficile, forse persino impossibile, assicurare rischi cattivi a prezzi accettabili"³²⁷.

Senonché l'Avvocato generale aveva escluso che una simile complessa valutazione economica e attuariale potesse essere compiuta dalla Corte, priva com'era dei necessari elementi di giudizio. Sarebbe stato in particolare difficile addentrarsi nella delicatissima analisi costi-benefici richiesta dalla doverosa applicazione del principio di proporzionalità delle deroga concessa dall'art. 90.2 del TCE. *Prima facie*, infatti, avrebbe anche potuto apparire sufficiente un quadro normativo meno costrittivo della libertà contrattuale dei datori di lavoro e delle stesse regole di concorrenza e caratterizzato, in ipotesi, dalla fissazione – tramite contratto collettivo (o se necessario per legge) – dei soli requisiti minimi, salva poi la libertà di scelta assicurativa³²⁸. Né, del resto, era chiaro come ben 15 fondi pensione come quello in causa potessero effettivamente operare nei Paesi Bassi al di fuori della sanzione legale del principio dell'iscrizione obbligatoria. Il cui carattere necessitato appariva, perciò stesso, quanto meno discutibile, comunque da determinare con quella massima attenzione a tutti gli elementi della fattispecie concreta che solo il giudice nazionale avrebbe potuto assicurare³²⁹.

Probabilmente avvertita degli alti rischi insiti nel rinvio al giudice nazionale di una così delicata valutazione "politica" e, in particolare, dei forti effetti di destabilizzazione d'una potenziale difformità di giudicati delle corti nazionali investite della questione, la Corte ha saggiamente preferito dettare lei stessa la soluzione "generale" del caso.

Prendendo senz'altro per buono l'argomento della spirale negativa, essa ha direttamente adattato al caso di specie, con una generosità certamente estranea all'originale, la formula *Corbeau*.

"L'uscita progressiva dei rischi "buoni" lascerebbe al fondo pensione di categoria la gestione di una parte crescente di rischi "cattivi", provocando così un aumento del costo delle pensioni dei lavoratori, ed in particolare di quelle delle piccole e medie imprese con personale anziano che svolge attività pericolose, alle quali il fondo non potrebbe più proporre pensioni a costi accettabili"³³⁰. E

³²⁷ Così al punto 427 delle conclusioni.

³²⁸ Vedi il punto 430 delle conclusioni.

³²⁹ Vedi il punto 432 delle conclusioni.

³³⁰ Punto 108 della sentenza.

ciò “avverrebbe tanto più quando, come nelle cause *a quibus*, il regime pensionistico integrativo gestito esclusivamente dal fondo è caratterizzato da un elevato grado di solidarietà a causa, soprattutto, dell'indipendenza dei contributi rispetto ai rischi, dell'obbligo di accettare tutti i lavoratori senza esame medico preliminare, della continuazione della costituzione della pensione con esonero dal versamento dei contributi in caso di incapacità lavorativa, dell'accollo, da parte del fondo, dei contributi arretrati dovuti dal datore di lavoro in casi di fallimento di quest'ultimo e dell'indicizzazione dell'importo delle pensioni allo scopo di preservarne il valore”³³¹. Tutti vincoli che – nel rendere il servizio fornito dal fondo meno competitivo di quello offerto dalle compagnie di assicurazione – contribuiscono a giustificare il diritto esclusivo del primo di gestire il regime pensionistico integrativo, il quale si troverebbe diversamente nell'impossibilità di adempiere alla sua funzione di interesse economico generale in condizioni economicamente accettabili³³².

Sono a questo punto opportune solo poche osservazioni riepilogative sul percorso logico seguito dalla Corte per escludere che il monopolio della Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie sia incompatibile con le regole comunitarie di concorrenza.

Il primo profilo da rimarcare è che – ai fini della riconducibilità (o meno) degli enti esercenti una funzione previdenziale alla nozione di impresa *ex art. 85* e seguenti del TCE – in *Albany* la Corte, completando l'iter logico avviato in *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, assegna chiaramente rilievo dirimente e decisivo alla circostanza che questi siano gestiti a capitalizzazione ovvero a ripartizione. Solo quando ricorra quella specifica forma di solidarietà (“nel tempo” o “intergenerazionale”) direttamente garantita dal sistema della ripartizione dovrà essere esclusa la sussistenza d'una attività economica esercitabile da privati in regime di concorrenza. Allorché, viceversa, sia gestito a capitalizzazione, l'ente previdenziale sarà senz'altro qualificabile come impresa.

Il *test* di imprenditorialità utilizzato dalla Corte è rivolto infatti ad accertare se per la data attività esista un mercato attuale o potenziale e quindi anche solo la possibilità che – almeno in linea di principio – un soggetto privato intraprenda l'attività medesima, nei termini in cui essa è strutturata, al fine di ricavarne un profitto. Ora, soltanto nel caso dell'adozione del sistema di gestione finanziaria a ripartizione non esisterebbe – come ben spiegato dall'Avvocato generale Jacobs – alcuna “possibilità – nemmeno in

³³¹ Punto 109 della sentenza.

³³² Vedi il punto 111 della sentenza.

linea teorica – che imprese private possano offrire sul mercato un regime pensionistico basato sul principio della ripartizione senza un intervento statale”³³³. Giacché “nessuno sarebbe disposto a pagare le pensioni di altri senza la garanzia che la generazione successiva faccia lo stesso”, essendo “proprio questa la ragione per la quale storicamente è stato necessario introdurre sistemi di questo tipo, gestiti o quanto meno posti sotto la tutela dello Stato”.

La seconda osservazione, del tutto consequenziale alla prima, è che gli altri criteri o indici di solidarietà, diversi da quello appena detto, presi in esami in *Poucet e Pistre* vengono, per così dire, “declassati”. Non solo nel senso che assumono un’importanza secondaria rispetto a quello della solidarietà nel tempo, ma anche, e soprattutto, nel senso che ora essi rilevano ai fini della ipotetica giustificazione (ai sensi dell’art. 90.2 del TCE) dei diritti esclusivi concessi dalla legge all’ente previdenziale, ma non più per escludere “a monte” che questo possa essere qualificato come impresa agli effetti del diritto della concorrenza. Essi riacquistano così una notevole importanza sul piano dell’applicazione della deroga ex art. 90.2 – come dimostrano i tributi alla “funzione sociale fondamentale”³³⁴ dei fondi pensione ripetuti nella sentenza –, ma è ovvio che si muovono, per l’appunto, nel più ristretto orizzonte dell’applicazione della *deroga* e non già della *regola*.

La terza osservazione è che l’eventuale finalità esclusivamente sociale e l’assenza di scopi di lucro da parte dell’ente previdenziale costituiscono aspetti di rilievo del tutto marginale quanto, ancora, al problema preliminare dell’accertamento della natura economica della relativa attività, salvo recuperare una qualche (stavolta, però, davvero residua) rilevanza sempre alla stregua dell’art. 90.2 del TCE.

La quarta e ultima è che risulta ormai sufficientemente chiaro il ruolo giocato dal carattere obbligatorio (o, reciprocamente, facoltativo) dell’iscrizione al fondo ai fini della qualificazione ex art. 85 e seguenti del TCE. La Corte non lo dice espressamente, ma può anche per essa tranquillamente valere quanto chiarito sul punto dall’Avvocato generale: “l’iscrizione obbligatoria va considerata come una concessione di diritti esclusivi”³³⁵. Non è un indice del grado (elevato) di solidarietà del fondo capace di rilevare (evidentemente in negativo) sul piano della sua definizione come impresa, come poteva ancora sembrare in *Poucet e Pistre*; ma è esattamente quanto lo Stato membro deve giustificare come necessario ai sensi dell’art. 90.2 del TCE.

³³³ Così al punto 338 delle conclusioni, donde è tratta anche la citazione che segue nel testo.

³³⁴ Punto 105 della sentenza.

³³⁵ Punto 347 delle conclusioni.

12.- In *Pavlov*³³⁶ la Corte è chiamata ad affinare ulteriormente le categorie analitiche elaborate nella giurisprudenza sin qui esaminata con riguardo ad un altro caso di monopolio attribuito dalla legge olandese ad un fondo pensionistico di categoria, collettivamente istituito dagli appartenenti ad un professione liberale attraverso le loro organizzazioni rappresentative per gestire un regime complementare obbligatorio. Si tratta di un caso che conferma la estrema variabilità (anche infranazionale) delle forme della previdenza complementare e la persistente difficoltà di un loro appagante e, per così dire, fermo e stabile inquadramento all'interno delle categorie del diritto della concorrenza.

Nonostante le apparenze (e pur di fronte a indubbie analogie), gli elementi della fattispecie ora in discorso sono sensibilmente diversi da quelli dedotti in *Albany International BV*.

I ricorrenti nel procedimento principale sono qui cinque medici specialisti che esercitano la loro professione nell'ospedale di Nijmegen. Obbligatoriamente iscritti al fondo pensione della categoria – la *Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* – sino alla fine del 1995, essi sostengono di non essere più tenuti a farne parte dal primo gennaio del 1996, avendo nel frattempo cessato di svolgere la propria opera quali liberi professionisti e di aver trasformato il loro rapporto con l'ospedale in un rapporto di lavoro subordinato. Il fondo, presso cui sono di norma obbligatoriamente iscritti solo i medici specialisti autonomi, contesta l'assunto del signor Pavlov e colleghi, nega loro, per questo, la dispensa, e ingiunge agli stessi il pagamento dei premi omessi. Pavlov e colleghi propongono opposizione contro l'ingiunzione al *Kantongerecht* di Nijmegen, sostenendo che l'iscrizione obbligatoria si pone in contrasto col diritto comunitario della concorrenza. Il giudice adito, ispirandosi espressamente al rinvio effettuato a suo tempo dalla Hoge Raad dei Paesi Bassi in *Van Schijndel*, sospende il procedimento e sottopone alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali. In sostanza: 1) se un fondo pensione incaricato della gestione di un regime pensionistico complementare, istituito da un'organizzazione rappresentativa dei membri di una professione liberale e l'iscrizione al quale sia stata resa obbligatoria per tutti i membri di tale professione, sia un'impresa ai sensi degli artt. 86, 86 e 90 del Trattato; 2) se gli artt. 5 e 85 dello stesso ostino alla decisione delle pubbliche autorità competenti di rendere generalmente obbligatoria l'iscrizione al fondo di categoria su domanda della predetta organizzazione; 3) se gli artt. 86 e 90 ostino a che la autorità statale attribuisca ad un

³³⁶ Corte di Giustizia CE, cause riunite C-180/98 e C-184/98, *Pavel Pavlov e altri*, in *Racc.*, 2001, I, p. 6451, nonché in *DS*, 2000, p. 1118, con commento critico di J.-P. LHERNOULD, *Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire*, *ivi*, p. 1114.

fondo pensione il diritto esclusivo di gestire il regime pensionistico complementare dei membri d'una professione liberale.

Come accennato in esordio, il quadro normativo e fattuale esposto dal giudice nazionale qualifica la vicenda *de qua* in termini discretamente diversi da quelli propri del caso *Albany* e dà ragione del fatto che il remittente non abbia rinunciato alle questioni pregiudiziali pur dopo la pronuncia della relativa sentenza.

Il primo elemento di distinzione riguarda proprio il preliminare profilo dell'eventuale esistenza di un'immunità *ratione materiae ex art. 85 del TCE*, al pari di quanto valevole per il contratto collettivo controverso in *Albany*, dell'"accordo" col quale i membri d'una professione liberale – per il tramite della propria organizzazione rappresentativa – istituiscono un fondo pensione incaricato della gestione del rispettivo regime di previdenza pensionistica complementare.

La risposta della Corte si conforma in pieno all'opinione espressa dall'Avvocato generale Jacobs e dimostra – *a posteriori* – quella più generale concordanza di vedute su tale delicatissimo punto già in precedenza rilevata.

L'Avvocato generale aveva innanzi tutto ribadito come l'immunità concessa dalla sentenza *Albany* fosse chiaramente limitata al solo "speciale caso" dei contratti collettivi conclusi tra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro in materia di condizioni di lavoro e di impiego³³⁷. Ai fini della concessione dell'immunità, non è pertanto sufficiente che l'accordo persegua quegli obiettivi sociali che lo stesso Trattato incoraggia in specie con le disposizioni sul dialogo sociale europeo, ma è necessario che esso possieda altresì la "particolare natura che è propria del contratto collettivo"³³⁸. Ovvero che si tratti di un accordo intervenuto nel quadro formale della contrattazione collettiva tra organizzazioni datoriali e sindacati dei lavoratori.

La speciale immunità eccezionalmente riservata ai contratti collettivi *stricto sensu* non può essere estesa per analogia ad altri tipi di accordi o di decisioni che, pur essendo ispirati da finalità sociali magari identiche, non siano tuttavia stati conclusi nel quadro proprio della contrattazione collettiva. E la decisione d'istituire un regime pensionistico integrativo concordata dai membri di una libera professione attraverso la loro organizzazione rappresentativa esula certamente dall'ambito tipico e proprio della contrattazione collettiva tra lavoratori e datori di lavoro. Il Trattato non incoraggia in nessun luogo espressamente "la concertazione tra liberi professionisti"; estendere anche alle loro decisioni associative l'immunità stabilita per i contratti collettivi *stricto*

³³⁷ Vedi il punto 96 delle conclusioni.

³³⁸ Punto 98 delle conclusioni.

sensu equivarrebbe “a creare una *antitrust immunity* sulla base del solo fine sociale dell'accordo”³³⁹. Con un risultato però inammissibile e sicuramente non divisato dall'art. 85, di cui non si può mettere in discussione, se non in casi strettamente eccezionali e limitati, la virtuale, rigorosa applicazione a tutti i settori dell'economia³⁴⁰.

La decisione assunta dall'organizzazione rappresentativa dei medici specialisti di istituire un regime pensionistico complementare pur chiaramente rivolto alla realizzazione di rilevanti finalità sociali va, pertanto, considerata come la decisione di un'associazione di imprese, ricadente, come tale, nel dominio dell'art. 85 del TCE³⁴¹.

La Corte di Giustizia si allinea senza differenze, stavolta nemmeno di sfumatura o di “tonalità”³⁴², a tale conclusione dell'Avvocato generale. Dopo aver essa stessa ribadito che in *Albany* aveva giudicato che soltanto “gli accordi conclusi nell'ambito di contrattazioni collettive tra le parti sociali destinati a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro debbono essere considerati, in ragione della loro natura e oggetto, non rientranti nell'art. 85, n. 1, del Trattato”³⁴³, conformemente conclude che una siffatta esclusione dell'ambito d'applicazione della norma “non può essere estesa ad un accordo che, quale quello in discussione nella causa *a qua*, è invero teso a garantire un certo livello di pensione a tutti i membri di una professione e, quindi, a migliorare una delle condizioni di lavoro di tali membri, cioè la loro retribuzione, ma non è stato concluso nell'ambito di contrattazioni collettive tra le parti sociali”³⁴⁴. Ed infatti il Trattato non contiene alcuna previsione che incoraggi i membri di professioni liberali a concludere accordi collettivi del genere o, ancora, a ottenerne l'estensione *erga omnes* da parte dei pubblici poteri.

L'assenza di una effettiva violazione dell'art. 85.1 del TCE, comunque applicabile *ratione materiae*³⁴⁵, è nella specie desunta

³³⁹ Punto 100 delle conclusioni.

³⁴⁰ Vedi il successivo punto 101 delle conclusioni.

³⁴¹ E qui – al di là delle peculiarità del settore, peraltro alquanto eterogeneo al suo interno, delle libere professioni – non c'è alcun dubbio che medici specialisti che concludano tra di loro un accordo sul rispettivo trattamento pensionistico complementare agiscano come imprese nel senso dell'art. 85.1 del TCE: *i. e.* rientrano, preliminarmente, a pieno titolo nel campo d'applicazione delle norme pure *ratione personae* (vedi i punti 105 ss. delle conclusioni, ove l'Avvocato generale confuta la contraria opinione espressa dalla Commissione).

³⁴² Lo sottolinea, con toni molto polemici, J.-P. LHERNOULD, *Nouvelles*, cit., p. 1115.

³⁴³ Punto 67 della sentenza.

³⁴⁴ Punto 68 della sentenza.

³⁴⁵ Il giudizio della Corte si conforma *in toto* alle conclusioni dell'Avvocato generale anche laddove assume il carattere imprenditoriale dell'attività dei medici specialisti membri della organizzazione rappresentativa che ha sottoscritto

dalla Corte – ancora sulla scorta dell'opinione espressa dall'Avvocato generale – dalla mancanza di un apprezzabile effetto restrittivo della concorrenza da parte dell'accordo professionale in questione nel mercato comune. Da un lato, infatti, esso produce effetti restrittivi solamente “nei confronti di un unico fattore del costo dei servizi offerti dai medici specialisti indipendenti, cioè il regime di pensione complementare, il quale è poco importante rispetto ad altri fattori”, come gli onorari o il prezzo delle attrezzature, ed “esercita un'influenza solo marginale e indiretta sul costo finale dei servizi” in parola³⁴⁶. D'altro lato, “l'attuazione di un regime complementare gestito da un solo fondo consente ai medici specialisti indipendenti di ripartire i rischi assicurati realizzando economie di scala nella gestione dei contributi e nel versamento delle pensioni nonché nelle modalità di investimento dell'attivo”³⁴⁷.

L'assenza di apprezzabili effetti restrittivi della concorrenza dell'accordo/decisione dell'associazione di imprese restituisce, così, di per sé, piena legittimità sia alla domanda rivolta alla pubblica autorità al fine di rendere l'iscrizione allo stesso obbligatoria, sia, come è ovvio, al provvedimento di quest'ultima, quale legittimo “esercizio del potere regolamentare nel campo sociale”³⁴⁸.

L'altro profilo di rilevante scostamento dalla fattispecie dedotta in *Albany* attiene alle ragioni che hanno indotto la Corte – di nuovo in adesione piena alle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs – ad escludere la violazione degli artt. 86 e 90 del TCE.

È da premettere che nella specie il fondo poteva dirsi titolare di diritti esclusivi per una parte soltanto delle sue attività. Precisamente solo “per quanto riguarda la seconda parte del regime pensionistico, il quale comprende il meccanismo di indicizzazione, i diritti a pensione retroattivi, la continuazione della pensione in

l'accordo istitutivo del regime pensionistico reso poi obbligatorio – su sua richiesta – dalla pubblica autorità. La Corte respinge in particolare la tesi della Commissione secondo cui nella specie i medici specialisti avrebbero agito in qualità di consumatori finali, per rilevare – d'accordo con l'Avvocato generale – che l'affiliazione e la contribuzione al regime di pensione complementare di categoria sono strettamente legate all'esercizio dell'attività professionale.

³⁴⁶ Punto 95 della sentenza.

³⁴⁷ Punto 96 della sentenza. La Corte riassume così, accogliendone la sostanza delle conclusioni, il ben più articolato ragionamento svolto dall'Avvocato generale, il quale aveva proceduto ad un'attenta distinzione tra elemento sostanziale, istituzionale e politico dell'accordo, sceverando tra l'aspetto della parziale armonizzazione dei costi pensionistici all'interno della professione medica, quello della costituzione (con effetti di cooperazione pro-competitiva) del fondo, ed infine quello (meramente dipendente dai primi) della domanda al ministro. Cfr. i punti 132 ss. dell'opinione.

³⁴⁸ Punto 98 della sentenza.

casi di invalidità e le prestazioni complementari ai superstiti”³⁴⁹, ovvero tutti gli elementi che connotavano in senso spiccatamente solidaristico e sociale l’attività del fondo. Quanto alla prima parte del regime pensionistico – comprensiva della cosiddetta “pensione di riferimento”, diretta e di reversibilità³⁵⁰ –, il fondo si limitava infatti a svolgere funzioni di controllo e di intermediazione tra gli iscritti e l’assicuratore da questi liberamente scelto, senza svolgere, di norma, alcuna diretta attività assicurativa. I medici erano, cioè, unicamente tenuti a costituire la loro “pensione di riferimento” stipulando un contratto di assicurazione individuale o col fondo o con una compagnia assicurativa debitamente autorizzata, tenuta comunque a concludere un accordo col primo, con facoltà di rivedere tale loro scelta ogni cinque anni. Il fondo da una parte vigilava affinché i membri della professione osservassero il loro obbligo assicurativo e dall’altra agiva come intermediario tra questi e l’assicuratore privato da loro scelto, riscuotendo i contributi e rigirandoglieli.

È quindi soltanto con riguardo alla seconda componente del regime pensionistico – quella di contenuto più immediatamente redistributivo – che il fondo agiva come impresa titolare di un diritto esclusivo, non potendo gli iscritti rivolgersi per essa ad una società assicurativa privata. Per la prima parte, da un lato esso poteva agire come impresa, ma in tal caso senza diritti speciali o esclusivi, stante la libertà di scelta dei medici, e dall’altro svolgeva una funzione di controllo legale dai tratti tipicamente pubblicistici, eccedenti, cioè, il terreno delle attività economiche e rientranti, piuttosto, in quello dei poteri d’impero delegati dallo Stato.

Orbene, in relazione alla componente monopolistica dell’attività economica del fondo, la Corte esclude profili di abuso (inevitabile) della posizione dominante dallo stesso rivestita applicando un modello di giudizio del “tipo *Höfner*” e non del “tipo *Corbeau*”³⁵¹, come avvenuto in *Albany*. Solo che qui l’abuso inevitabile è *automaticamente escluso* in ragione della stessa mancanza d’una concludente allegazione sul punto da parte degli attori della causa principale. Questi, invero, *non avevano lamentato nessuna carenza nella erogazione del servizio da parte del fondo. A ben guardare, non avevano neppure contestato l’obbligo di iscrizione in quanto tale*, giacché essi “non avevano manifestato il desiderio di costituire la loro pensione complementare presso una compagnia di assicurazioni”, ma unicamente quello di essere affiliati ad “un altro

³⁴⁹ Punto 122 della sentenza.

³⁵⁰ Calcolata secondo il valore nominale e quindi senza indicizzazione al costo della vita, rientrante, come tale, nella seconda parte del regime pensionistico.

³⁵¹ Per riprendere ancora la tassonomia proposta dall’Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni in *Albany* (ai punti 395 ss.)

fondo di pensione di categoria al quale l'iscrizione era stata resa obbligatoria"³⁵².

La singolare assenza di qualunque effettiva denuncia di abusi nell'erogazione del servizio da parte del fondo esonera perciò la Corte da qualsivoglia riferimento a possibili argomenti giustificativi del diritto esclusivo à la *Corbeau*³⁵³. Il risultato è che "qualunque riferimento alla dimensione solidaristica del fondo ed alla sua peculiare missione di interesse generale finisce per sparire dalla sentenza"³⁵⁴.

La Corte aveva del resto dispensato riconoscimenti assai parchi a tale dimensione precipuamente sociale dell'attività del fondo anche nel risolvere recisamente per l'affermativa il quesito circa la natura imprenditoriale o meno dello stesso. Ma in questo caso senza nessuna significativa variazione rispetto ad *Albany*.

L'Avvocato generale non aveva avuto particolari dubbi nell'ascrivere alla nozione di impresa anche le attività relative alla seconda componente del regime pensionistico complementare gestito dal fondo. Aveva, sì, riconosciuto, segnatamente nel meccanismo di indicizzazione e nella retroattività dei diritti pensionistici, anche indiretti, "importanti elementi di solidarietà professionale"³⁵⁵, ma poi, concentrando l'attenzione sulle modalità di gestione del fondo, non aveva avuto incertezze nell'individuare i tratti tipici dell'attività economica in potenziale concorrenza con operatori privati nella copertura dei rischi assicurati mediante il metodo della capitalizzazione e nella autonoma fissazione di premi e prestazioni secondo criteri attuariali³⁵⁶. Ed anche se quegli elementi (e vincoli) di solidarietà avessero, in ipotesi, potuto "parzialmente giustificare il diritto esclusivo del fondo alla stregua dell'art. 90.2 del Trattato"³⁵⁷, rimaneva tuttavia indubbio che essi,

³⁵² Punto 129 della sentenza; e vedi anche il punto 194 delle conclusioni.

³⁵³ L'Avvocato generale, dal canto suo, vi aveva dedicato solo un pallidissimo accenno al punto 198 delle conclusioni, limitandosi a citare la sentenza *Albany*.

³⁵⁴ Così, criticamente, J.-P. LHERNOULD, *Nouvelles*, cit., p. 1117, che, soprattutto per tale motivo, parla di "*tonalité hyper-libérale de l'arrêt*", nel quale individua una generale propensione al formalismo – all'utilizzo di "*critères d'apparence*" – a discapito del riconoscimento sostanziale della fondamentale natura solidaristica della funzione di previdenza complementare. Pure D. GADBIN, *Les fonds*, cit., p. 182, ritiene formalistica, e perciò incapace di cogliere l'intima sostanza sociale del fenomeno della previdenza complementare, la *ratio* della riconduzione dell'accordo "intraprofessionale" dei medici specialisti entro il dominio dell'art. 85.1 del TCE. La Corte avrebbe infatti dato in tal modo prevalenza al criterio strutturale (e formale) dell'assenza di un contratto collettivo *stricto sensu* su quello funzionale (e sostanziale), giusta il quale avrebbe dovuto invece pesare di più la caratterizzazione sociale delle operazioni di previdenza pensionistica complementare in rilievo, caratterizzazione non diversa da quella riscontrabile nella contrattazione collettiva dei lavoratori dipendenti.

³⁵⁵ Punto 177 delle conclusioni.

³⁵⁶ Vedi il punto 178 delle conclusioni.

³⁵⁷ Punto 179 delle conclusioni.

da soli, non avrebbero potuto escludere la qualificabilità come di impresa delle attività assicurative del fondo.

La Corte è sul punto ancora più assertiva dell'Avvocato generale. Si limita a constatare che "il fondo fissa esso stesso l'importo dei contributi e delle prestazioni e funziona secondo il principio della capitalizzazione"³⁵⁸. L'importo delle prestazioni fornite dal fondo dipende perciò dai risultati finanziari degli investimenti effettuati, né più né meno di quanto avviene per le assicurazioni private.

Ergo il fondo è un'impresa. *Nihil novi*, dunque, in tema, rispetto a *Albany*.

13.- *Van der Woude*³⁵⁹ offre un'interessante conferma degli orientamenti elaborati dalla Corte in un caso che si colloca in qualche modo a metà strada tra quelli dalla stessa scrutinati in *Albany* e in *Pavlov*. Qui – come subito vedremo – c'è, come in *Albany*, un autentico contratto collettivo, meritevole di esenzione dall'art. 85.1 del TCE. Manca, però, un diritto esclusivo ex art. 90.1, con la conseguenza che l'assenza di una situazione di abuso della (pretesa) posizione dominante occupata dall'impresa affidataria dell'implementazione delle previsioni del regime integrativo di assistenza sanitaria in discussione viene ricondotta, come in *Pavlov*, alla mancata dimostrazione di una violazione dell'art. 86 del Trattato.

L'attore nella causa principale riveste la qualifica di capo del servizio tecnico della Beatrixoord, che gestisce un istituto per rieducazione. La datrice – legalmente soggetta alle previsioni del contratto collettivo del settore ospedaliero – è tenuta, in forza delle stesse, a pagare, per ogni suo dipendente che opti per il regime di assistenza sanitaria integrativa ivi regolamentato, un contributo pari al 50% del premio dovuto alla società mutua d'assicurazione che dal 1977 gestisce il suddetto regime. Nella causa principale il signor van der Woude chiede che sia accertato l'obbligo della datrice di corrispondere la quota ad essa incombente dei premi per la sua assicurazione di malattia ad un altro assicuratore di sua scelta, che gli offrirebbe condizioni complessivamente più favorevoli in termini sia di costi che di prestazioni. Secondo lui, le previsioni del contratto collettivo restringono la concorrenza nel mercato assicurativo e comunque pongono la società mutua, cui la fondazione all'uopo istituita dal contratto ha affidato la gestione del regime, in una posizione d'ingiusto vantaggio rispetto a terzi operatori del settore.

³⁵⁸ Punto 114 della sentenza.

³⁵⁹ Corte di Giustizia CE, causa C-222/98, *Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord*, in *Racc.*, 2001, I, p. 7111.

Il *Kantongerecht* di Groningen – dubitando dell'esatta interpretazione della pertinente normativa comunitaria – ha quindi sospeso il procedimento e chiesto alla Corte di Giustizia se le disposizioni del contratto collettivo relative all'assicurazione malattia dei lavoratori che vi sono assoggettati, giusta le quali il datore è tenuto a concorrere ai relativi costi solo per quanto riguarda le polizze stipulate presso l'assicuratore designato in attuazione del regime integrativo, siano compatibili con gli artt. 85 e 86 del TCE.

Il primo corno della questione coincide, come detto, con quello preliminarmente sceverato dalla Corte in *Albany*.

Qui per la verità non si dubita tanto che si sia in presenza di un contratto collettivo in senso proprio, cioè di un accordo concluso al termine di trattative tra le parti sociali rappresentative, rispettivamente, di *management* e lavoro. Anzi si dà quasi per scontato che – almeno in relazione alla sua *natura* – quello in parola debba figurare *prima facie* nel campo dell'immunità riconosciuta dalla Corte.

Ciò di cui il giudice nazionale sospetta è invece che il contratto debba considerarsi fuori della immunità, e quindi pienamente soggetto all'art. 85.1, in considerazione del suo *oggetto*, non potendo la materia della assistenza sanitaria e dell'assicurazione malattia essere assimilata alla previdenza pensionistica per la vecchiaia e i superstiti, la “*core issue*” di cui s'è occupata *Albany*. E questo perché mentre la pensione formerebbe direttamente parte del trattamento retributivo del prestatore, non altrettanto potrebbe dirsi d'una assicurazione per le malattie in favore del medesimo. Oltretutto, tra le due materie – la pensionistica e la sanitaria – esisterebbero anche differenze sul piano della tecnica assicurativa e attuariale, che farebbero della seconda un campo di azione più facilmente gestibile, per la maggiore facilità di calcolare con certezza i costi, da parte di qualunque assicuratore abilitato³⁶⁰.

Ciò che è in discussione è, quindi, la *portata oggettiva della immunità*, e segnatamente l'esatta estensione semantica della locuzione “condizioni di lavoro”: l'oggetto assunto come tipico e proprio dalla contrattazione collettiva nel perseguimento di suoi “genuini obiettivi sociali”³⁶¹.

Strettamente legato a questo c'è, poi, il problema, pure prospettato dal giudice *a quo* sulla scia delle argomentazioni difensive dell'attore, se si fuoriesca, di nuovo, dai limiti *oggettivi* dell'immunità, allorché le parti sociali si accordino, come in questo caso, tra di loro per affidare ad un soggetto terzo, qui di natura pacificamente imprenditoriale, la gestione delle “materie”

³⁶⁰ Vedi quanto riferisce l'Avvocato generale Fenelly, ad es. al punto 16 delle conclusioni rese l'11 maggio 2000.

³⁶¹ Punto I delle conclusioni.

collettivamente contrattate pur nell'ambito delle "condizioni di lavoro".

La risposta della Corte – e prima ancora le conclusioni dell'Avvocato generale – sono nettamente nel senso che il caso di specie rientri in pieno nella sfera immune dalle regole di concorrenza.

Pur ribadendo reiteratamente che l'eccezione stabilita in *Albany* deve essere interpretata strettamente e in rigoroso ossequio al principio di proporzionalità³⁶², l'Avvocato generale Fenelly afferma tuttavia di non aver ragioni di dubitare della sostanziale contiguità tra materia pensionistica e sanitaria e, quindi, del fatto che anche un'assicurazione di malattia concordata collettivamente faccia parte del trattamento retributivo del dipendente³⁶³.

Né ha alcun rilievo il fatto che – in forme poi non molto diverse da quanto già visto in *Albany* – le parti sociali abbiano, del tutto legittimamente, deciso di "subappaltare" a terzi la concreta gestione degli impegni assicurativi assunti attraverso l'istituzione del regime complementare³⁶⁴. Se si ammettesse una tale limitazione – che non è affatto implicata dal principio per cui l'accordo collettivo non deve ledere la posizione di terze parti – ne risulterebbe gravemente compromessa l'autonomia delle parti sociali nel perseguire i loro legittimi scopi nel terreno tipico della loro azione. Si incrinerebbe, inoltre, nella specie, in maniera irreversibile, il meccanismo di solidarietà inerente alle previsioni del contratto collettivo, in quanto si legittimerebbero forme di *free riding*, comportamenti "à la carte" dei singoli lavoratori che, fuoriuscendo a piacimento dallo schema conservandone però (solo) i benefici, realizzerebbero il loro interesse egoistico a danno di quello collettivo della categoria³⁶⁵.

L'ambito dell'eccezione applicativa dell'art. 85.1 non è limitato alle sole materie che le parti dell'accordo collettivo siano in grado di gestire direttamente³⁶⁶. Solo se la delegazione di poteri andasse *oltre* quanto è *necessario* per realizzare l'obiettivo e l'oggetto *sociale* dell'accordo collettivo, si potrebbe (e dovrebbe) tornare all'applicazione piena della regola *ex art. 85.1 del TCE*³⁶⁷. Ma non è questo, all'evidenza, il caso, visto che la società mutua delegata si limita a gestire l'assicurazione malattia in favore dei lavoratori della categoria, così come previsto dal contratto collettivo.

La Corte svolge un ragionamento identico e perviene alla stessa conclusione: l'accordo regola materie rientranti direttamente

³⁶² Vedi i punti 28 e 32 delle conclusioni.

³⁶³ Vedi in particolare i punti 24 e 27 delle sue conclusioni.

³⁶⁴ Vedi il punto 31 delle conclusioni.

³⁶⁵ Vedi in particolare i punti 32 e 33 delle conclusioni.

³⁶⁶ Vedi, in termini pressoché testuali, il punto 34 delle conclusioni.

³⁶⁷ Vedi il punto 35 dell'accordo.

nell'ambito nelle condizioni di lavoro³⁶⁸; il fatto che l'attività assicurativa di cui trattasi sia stata affidata ad un terzo non può influire sull'applicabilità allo stesso dell'eccezione al divieto enunciato dall'art. 85.1³⁶⁹.

Il secondo profilo della questione pregiudiziale sollevata dal *Kantongerecht* di Groningen presenta rilevanti analogie col caso *Pavlov*, e non a caso la risposta della Corte – anche sul punto in sintonia con le conclusioni dell'Avvocato Fenelly – è del tipo di quella ivi dettata qualche giorno prima³⁷⁰.

Non è pertanto il caso di indugiare troppo sul punto. Basterà precisare che qui l'art. 90 del TCE non veniva neppure astrattamente in rilievo, in quanto non c'era alcun conferimento di diritti esclusivi né da parte dello Stato né da parte del contratto collettivo³⁷¹. La questione riguardava pertanto unicamente l'art. 86 del Trattato. E per la Corte è al proposito "sufficiente rilevare che non emerge dal fascicolo fornito dal giudice *a quo* né dalle osservazioni scritte e orali che, in forza del regime previsto dal contratto collettivo di lavoro, l'impresa incaricata della gestione dell'assicurazione di cui trattasi nella causa principale sia indotta a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o che le prestazioni erogate non corrispondano alle esigenze dei lavoratori interessati"³⁷².

Manca, dunque, come in *Pavlov*, se non anche, addirittura, l'allegazione, quantomeno la prova dell'abuso.

14.- Nell'ultimo dei casi esaminati, la Corte di Giustizia³⁷³ è stata di nuovo chiamata al difficile compito di fissare i limiti della compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza del monopolio attribuito dal legislatore italiano (in termini

³⁶⁸ Il "regime assicurativo delle cure sanitarie [...] contribuisce al miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori non solo garantendo loro i mezzi necessari per far fronte alle spese di malattia, ma altresì riducendo le spese che, in mancanza di un contratto collettivo, avrebbero dovuto essere sopportate dai lavoratori" (punto 25 della sentenza).

³⁶⁹ "L'ammettere tale limitazione costituirebbe una restrizione ingiustificata della libertà delle parti sociali, le quali, allorché concludono un accordo su uno degli aspetti delle condizioni di lavoro, devono poter pattuire anche la creazione di un ente distinto per attuare l'accordo e che tale ente possa ricorrere ad un altro assicuratore" (punto 26 della sentenza).

³⁷⁰ Le sentenze *Pavlov* e *van der Woude* sono l'una del 12 e l'altra del 21 settembre 2000.

³⁷¹ Vedi in particolare il punto 39 delle conclusioni dell'Avvocato generale Fenelly.

³⁷² Punto 30 della sentenza. Poco più analitico era stato l'Avvocato generale nei punti 39-41 delle sue conclusioni.

³⁷³ Vedi Corte di Giustizia CE, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*, del 22 gennaio 2002, a quanto consta non ancora pubblicata.

sostanzialmente non diversi, peraltro, da quanto accade in altri ordinamenti degli Stati membri) all'ente previdenziale pubblico incaricato della gestione del regime assicurativo generale contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

La questione della "legittimità comunitaria" del monopolio dell'INAIL era stata per vero già autorevolmente sollevata dalla stessa autorità *antitrust* nazionale³⁷⁴, presieduta dall'ex Avvocato generale Giuseppe Tesauro, in termini che hanno certamente influenzato, sin nella formulazione dei quesiti, la richiesta di rinvio pregiudiziale più tardi inoltrata alla Corte dal Tribunale di Vicenza³⁷⁵.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, richiamandosi espressamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, aveva rimarcato il carattere sostanzialmente imprenditoriale dell'attività assicurativo-indennitaria posta in essere dall'INAIL, evidenziato i diversi profili d'abuso delle posizione dominante a questo riconosciuta dal legislatore e sollecitato l'attenzione di Governo e Parlamento – diretti destinatari della sua "segnalazione" – sulla necessità di una complessiva riforma dell'istituto, improntata ad una decisa liberalizzazione del settore, con l'affidamento al mercato – sia pure all'interno di un quadro di regolazione pubblica – delle funzioni propriamente "previdenziali" e "riparatorie" dell'ente.

La lettura proposta dall'*Authority* fu vivacemente criticata da una parte della dottrina e sostanzialmente disattesa – nella passata legislatura – da una riforma chiaramente orientata a rafforzare ed estendere il ruolo e il campo d'azione riservati all'ente pubblico monopolista. Essa è riecheggiata, invece, chiaramente nelle pagine dell'ordinanza vicentina di rinvio alla Corte.

Il giudice italiano ha infatti domandato alla Corte di Giustizia "se costituisca un'impresa ai sensi degli articoli 81 e seguenti del Trattato un ente assicurativo pubblico senza scopo di lucro, quale l'INAIL, cui è affidata secondo criteri di economicità e di imprenditorialità la gestione monopolistica di un regime di assicurazione contro i rischi derivanti da infortunio sul lavoro e malattie professionali fondato su un sistema di assicurazione obbligatoria, il quale eroga prestazioni secondo un principio di parziale automaticità (che assicura la copertura assicurativa al lavoratore dipendente, ma non anche al lavoratore autonomo, a partire dal 1998) anche nel caso di mancato pagamento dei premi da parte del datore di lavoro e calcola i premi sulla base di classi di rischio in cui colloca la lavorazione assicurata". E se, in caso di

³⁷⁴ Vedi M. FUCHS, S. GIUBBONI, *Monopolio dell'INAIL e Antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in *DLRI*, 1999, pp. 721 ss.

³⁷⁵ Il testo dell'ordinanza di rinvio del Tribunale vicentino può essere letto in *ADL*, 2000, n.3, p. 801.

risposta affermativa al primo quesito, "costituisca una violazione degli articoli 86 e 82 del Trattato il fatto che tale ente pretenda il pagamento dei premi anche nel caso in cui l'interessato, un lavoratore autonomo (artigiano), sia già assicurato presso una compagnia privata contro gli stessi rischi cui sarebbe coperto affiliandosi al suddetto ente".

L'occasione del rinvio era anche in tal caso data dalla controversia instaurata da una piccola società personale attraverso l'opposizione al decreto ingiuntivo con cui l'ente monopolista aveva intimato il pagamento dei contributi non versati per il socio accomandatario della stessa, obbligatoriamente assicurato presso l'INAIL in quanto artigiano che presta opera manuale nella propria impresa. Il rifiuto di pagare i contributi omessi era, anche in tal caso, espressamente poggiato sulla affermazione della contrarietà del sistema assicurativo pubblico contro gli infortuni sul lavoro al diritto comunitario della concorrenza.

L'abuso di posizione dominante da parte dell'INAIL, di cui l'attore nella causa principale presupponeva senz'altro la natura d'impresa, sarebbe stato, nella specie, palese, nella misura in cui esso obbligava l'ingiunto a una ingiusta duplicazione degli oneri assicurativi, dal medesimo già assolti nella sostanza, in termini più efficienti e vantaggiosi, con una polizza privata accesa fin dal 1986 per gli stessi rischi coperti dall'INAIL.

Lo stesso giudice *a quo* appariva sostanzialmente persuaso della plausibilità delle argomentazioni difensive del ricorrente nella causa principale. Pur non negando significativi elementi di solidarietà (particolarmente evidenti, ad esempio, nella gestione agricola dell'INAIL, funzionante col metodo della cosiddetta "ripartizione pura", o ancora nel fatto che, per i lavoratori dipendenti, vige senza eccezioni il principio della automaticità delle prestazioni), il Tribunale di Vicenza non riteneva sostenibile "la tesi secondo cui l'Istituto opererebbe in base ad un criterio totalmente redistributivo del rischio assicurato"³⁷⁶. Gli "elementi caratteristici degli enti che svolgono attività puramente economiche" gli apparivano, in realtà, "prevalenti"³⁷⁷. *Prima facie* fondati gli apparivano del resto i profili di sfruttamento abusivo della posizione dominante sul mercato, sembrandogli, poi, "difficilmente sostenibile" che l'eventuale "abolizione della obbligatorietà dell'affiliazione per gli artigiani che già sono assicurati per gli stessi rischi coperti dall'INAIL" avrebbe potuto compromettere "l'adempimento delle altre specifiche funzioni assegnate all'Istituto dalla normativa nazionale"³⁷⁸.

³⁷⁶ Così nell'ordinanza di rinvio, al punto 12.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ Punto 13 della motivazione dell'ordinanza.

Quello dell'INAIL ha rappresentato in effetti – come espressamente ammesso dall'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni ³⁷⁹ – un difficile banco di prova della tenuta dei criteri di giudizio e di temperamento tra le istanze solidaristiche espresse dai monopoli previdenziali nazionali con i principi “comuni” di libera concorrenza, quali evolutivamente elaborati dalla Corte nel corso d'ormai quasi un decennio.

Come già in *Poucet e Pistre*, si tratta, infatti, di un ente pubblico di previdenza ³⁸⁰, istituito e regolato direttamente dalla legge per l'erogazione di prestazioni rientranti a pieno titolo in quello che, mutuando la terminologia in uso soprattutto per i sistemi pensionistici, potrebbe dirsi il primo pilastro dell'apparato assicurativo contro il rischio infortunistico. Per di più, l'INAIL gestisce un regime di tutela sicuramente generale.

Interrelate ai prevalenti compiti previdenziali, sussistono, poi, importanti funzioni di carattere prevenzionistico e assistenziale, la cui natura pubblicistica è fuori discussione. L'INAIL gestisce, inoltre, largamente, sebbene non completamente e in forma spuria, le proprie risorse secondo il criterio finanziario della ripartizione.

Ma accanto a tali elementi persistono certamente caratteri che – specie se visti in tendenziale isolamento o meglio se concepiti come concettualmente e/o praticamente separabili dai primi – richiamano in pieno lo strumentario tipico delle assicurazioni “private”. A cominciare da quello determinato dalla innegabile correlazione tra classi di rischio delle lavorazioni assicurate e “premi” pagati all'ente pubblico, calcolati appunto secondo “un criterio tipicamente imprenditoriale [che] pone l'Istituto in posizione concorrenziale rispetto ad altre compagnie di assicurazione che potrebbero operare nel ramo infortuni” ³⁸¹. Senza trascurare il fatto che lo stesso accesso alla tutela antinfortunistica è tuttora fondamentalmente ritagliato sul principio, di netta impronta assicurativa, del rischio professionale, e, per quanto sensibilmente esteso anche dalle recenti riforme, appare, perciò, ancora lungi dal potersi definire come veramente universale ³⁸².

I criteri di giudizio elaborati dalla Corte apparivano perciò particolarmente “sollecitati” e direi messi singolarmente “in

³⁷⁹ Vedi il punto 77 delle conclusioni presentate il 13 settembre 2001, ove si riconosce che “il regime gestito dall'INAIL sia particolarmente difficile da qualificare”.

³⁸⁰ Uno dei maggiori e più importanti in Italia, il primo da un punto di vista storico; mi sia permesso un rinvio a S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *DComm., Aggiornamento*, Torino, 2000, pp. 377 ss.

³⁸¹ Punto 12 della motivazione dell'ordinanza del Tribunale di Vicenza.

³⁸² Cfr., da ultimo, M. PERSIANI, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *RIMP*, 2000, I, p. 1; S. GIUBBONI, *Le “contraddizioni” dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto*, in *DL*, 2001, I, p. 93.

tensione" da questo ennesimo banco di prova della loro capacità di dare risposte flessibili e adeguate alla straordinaria variabilità di contesti e forme in cui il diritto della concorrenza può entrare in potenziale conflitto con quello del lavoro e della previdenza sociale.

Un risvolto particolarmente "dilemmatico" del caso INAIL, almeno da un punto di vista teorico, poteva, inoltre, essere ravvisato nella potenziale divergenza di approcci interpretativo-valutativi tra la giurisprudenza comunitaria e quella costituzionale. Poco prima del rinvio alla Corte comunitaria, la Corte costituzionale italiana si era, infatti, sostanzialmente pronunciata sul caso, per dichiarare l'inammissibilità d'un *referendum* abrogativo avente ad oggetto – con finalità ed effetti ipotetici non dissimili da quelli che sarebbero risultati da un eventuale accoglimento da parte dei giudici di Lussemburgo delle tesi prospettate dalla Cisal di Battistello Venanzio & C. – proprio il monopolio dell'ente previdenziale³⁸³.

La Corte di Giustizia è parsa avere una certa consapevolezza di tutta la problematicità di tale ultimo risvolto. Pur implicitamente accogliendo l'argomento enunciato dall'Avvocato generale Jacobs in ordine all'"irrelevanza", *in casu*, delle previsioni della Costituzione italiana³⁸⁴, nell'escludere la natura imprenditoriale dell'attività assicurativo-sociale dell'INAIL la Corte di Giustizia ha nondimeno mostrato di voler fare un uso estensivo dei criteri di solidarietà elaborati in materia, riassegnando un peso particolare a quello della solidarietà distributiva.

Si è accenato che nel caso di specie il criterio principe della solidarietà intergenerazionale – nella forma del finanziamento a ripartizione del sistema – mostrava qualche incertezza applicativa. L'INAIL utilizza infatti il metodo della ripartizione pura solo nel settore dell'agricoltura. Nella gestione dell'industria viene impiegato il metodo – in qualche modo spurio – della "ripartizione dei capitali di copertura".

Per quanto la maggior parte delle risorse finanziarie dell'ente venga in pratica gestita a ripartizione³⁸⁵, l'Avvocato generale Jacobs aveva finito per mostrare un sostanziale scetticismo sulla possibilità di riconoscere la sicura presenza di tale dirimente indice

³⁸³ Rinvio a S. GIUBBONI, *I monopoli*, cit., pp. 705 ss., e a M. FUCHS, S. GIUBBONI, *Das Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs*, in *DB*, 2001, pp. 320 ss.

³⁸⁴ Vedi il punto 47 delle conclusioni, ove si afferma che non può "essere preso in considerazione il fatto che il compito dell'INAIL è previsto dalla Costituzione italiana", in quanto ciò impedirebbe alle norme sulla concorrenza di avere un'applicazione uniforme in tutta la Comunità.

³⁸⁵ Vedi L. FASSINA, *Gli spettri della concorrenza e il monopolio assicurativo dell'INAIL (appunti in attesa della decisione della Corte di Giustizia)*, in *RGL*, 2001, I, pp. 577 ss., sul punto p. 583.

di solidarietà nel settore industriale, peraltro in discussione nella specie. Egli era anzi giunto a concludere che “la filosofia generale del finanziamento che è alla base del regime nel settore industriale risulta [...] essere non molto diversa da quella che sarebbe seguita da un assicuratore privato”³⁸⁶, rispecchiandosi in essa “in prevalenza una logica assicurativa basata sul rischio”³⁸⁷. E questo perché “nel settore industriale le prestazioni sono integralmente finanziate mediante contributi e i contributi sono calcolati al fine di coprire tutte le spese previste (comprese le obbligazioni per pensioni di lunga durata) derivanti dagli infortuni che dovrebbero verificarsi nel corso dell’anno”³⁸⁸.

A convincere l’Avvocato generale della natura non imprenditoriale dell’attività dell’INAIL erano state alla fine due circostanze, capaci in qualche modo di sciogliere – pur non completamente – i dubbi derivanti guardando alla sola “filosofia” di finanziamento seguita dall’ente.

La prima circostanza è che “il nesso tra contributi e prestazioni per il tramite della retribuzione dell’infortunato risulta [...] troppo indiretto per poter essere paragonato al nesso che è tipico in caso di assicurazione privata”³⁸⁹. Il carattere sociale e solidaristico – evidentemente, *sub specie* di solidarietà distributiva – dell’attività assicurativa dell’INAIL risiederebbe precisamente in ciò, “che nessun assicuratore privato potrebbe offrire sul libero mercato un regime in cui per il calcolo delle prestazioni pensionistiche si tenga conto solo delle retribuzioni collocantisi in un ambito relativamente ristretto tra un dato minimo e un dato massimo, mentre per il calcolo dei contributi siano rilevanti tutte le retribuzioni al di sopra del salario minimo”³⁹⁰.

La seconda circostanza è che gli importi tanto dei contributi quanto delle prestazioni sono stabiliti dallo Stato (rispettivamente con decreto ministeriale e con legge), non possedendo perciò l’INAIL alcuna autonomia al riguardo³⁹¹.

La Corte di Giustizia perviene alla medesima conclusione dell’Avvocato generale sulla base di un ragionamento analogo. Anche per la Corte sono essenziali i due elementi solidaristici individuati dall’Avvocato generale (mancanza di un nesso diretto tra contributi e prestazioni; assenza di un autonomo potere dell’ente in ordine alla determinazione degli stessi)³⁹².

³⁸⁶ Punto 58 delle conclusioni.

³⁸⁷ Punto 60 delle conclusioni.

³⁸⁸ Ancora il punto 58 delle conclusioni.

³⁸⁹ Punto 80 delle conclusioni.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ Vedi il punto 81 delle conclusioni.

³⁹² Vedi i punti 39 ss. della sentenza.

Una differenza non lieve attiene tuttavia al profilo relativo ai criteri (solidaristici) di finanziamento dell'ente. Sul punto la Corte si sforza infatti di mantenere una maggiore coerenza con la propria precedente elaborazione, facendo presente come l'assenza di un nesso diretto tra contributi e prestazioni³⁹³ trovi corrispondenza nella – e in qualche modo implichi la – gestione finanziaria prevalentemente a ripartizione delle risorse³⁹⁴.

Per quanto più attenta a non trascurare (e in qualche modo a “recuperare”) tale ultima dimensione solidaristica della funzione “esclusivamente sociale”³⁹⁵ adempiuta dall'INAIL, anche l'argomentazione della Corte, al pari di quella dell'Avvocato generale, sembra (ri)trovare comunque nella solidarietà distributiva – che si realizza “tra i lavoratori più retribuiti e quelli che, tenuto conto dei loro redditi esigui, sarebbero privati di un'adeguata tutela sociale”³⁹⁶ – il proprio perno motivazionale.

È probabilmente proprio nel reingresso della solidarietà distributiva nel nucleo duro degli elementi solidaristici rilevanti ai fini dell'esclusione della natura imprenditiva di una data attività³⁹⁷, che è possibile apprezzare una certa eco degli argomenti usati dalla Corte costituzionale italiana per ribadire che l'INAIL svolge “una funzione di assistenza e servizio sociale”³⁹⁸.

Si tratta certo di un'eco molto riflessa, che – pur consentendo alla Corte di Giustizia di pervenire a conclusioni pratiche coincidenti con quelle già raggiunte dalla Corte costituzionale – non elide la persistente diversità, e financo la potenziale divergenza, dell'approccio complessivo delle due corti³⁹⁹.

³⁹³ Vedi in particolare i punti 39 e 40 della sentenza, ove si chiarisce che, da un lato, il regime è “finanziato mediante contributi la cui aliquota non è sistematicamente proporzionata al rischio assicurato” e, dall'altro, “l'importo delle prestazioni versate non è necessariamente proporzionato ai redditi dell'assicurato”.

³⁹⁴ Vedi in particolare il punto 30 della sentenza, ove si rammenta che “le rendite per infortunio sul lavoro sono finanziate in gran parte secondo il principio della ripartizione, poiché solo una parte corrispondente al valore capitale della rendita iniziale è accantonata per costituire una riserva tecnica atta a garantire il pagamento delle prestazioni”.

³⁹⁵ Punto 45 della sentenza.

³⁹⁶ Punto 42 della sentenza.

³⁹⁷ E quindi rilevanti nella fase “a monte” del giudizio sulla compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza, e non soltanto in quella “a valle” ex art. 90.2 del TCE.

³⁹⁸ Così Corte cost., sentenza n. 36 del 2000, in *RGL*, 2000, I, p. 157, con commento di L. FASSINA, *La risposta della Corte costituzionale ai referendum sullo Stato sociale*, ivi, p. 65.

³⁹⁹ Cfr. S. GIUBBONI, *I monopoli*, cit., pp. 710 ss., e, in senso sostanzialmente adesivo, L. FASSINA, *Gli spettri*, cit., pp. 580 ss. La Corte di Giustizia ha, per esempio, confermato l'irrelevanza dell'assenza dello scopo di lucro o del fine puramente sociale, ai fini della qualificazione di un'attività come economica o non. Resta, poi, la distanza sulla rilevanza complessiva assegnata dalle due corti al

Resta però l'impressione che la particolare salienza politica e costituzionale acquisita dal caso abbia indotto la Corte a un uso più aperto e flessibile del *test* di solidarietà dalla stessa sin qui elaborato. Un uso che, senza alterare le linee di fondo della propria giurisprudenza, ha permesso alla Corte di Giustizia di scongiurare – con opportuni aggiustamenti – i notevoli rischi di “strumentalizzazione” certamente presenti nel caso INAIL.

15.- Si rende a questo punto opportuna – a conclusione della lunga rassegna della giurisprudenza comunitaria sin qui svolta – una rapida valutazione di sintesi degli aspetti e dei risultati della stessa più rilevanti ai fini della nostra indagine.

Il primo e più evidente profilo “evolutivo” della giurisprudenza in esame attiene alla già sottolineata tendenziale divergenza di risultati applicativi delle regole di concorrenza nelle due “classi di casi” considerate.

Al rigore draconiano con cui la Corte condanna l'abuso di posizione dominante degli enti detentori dei monopoli pubblici in materia di collocamento del personale, non importa se direttivo o “d'ordine”, fa da *pendant* una valutazione decisamente più incline alla complessiva giustificazione delle scelte compiute dal legislatore nazionale allorché vengano in rilievo i diritti esclusivi da questo riconosciuti ai soggetti gestori di forme di previdenza sociale, di base o integrativa.

In *Pavlov e van der Woude* – benché certamente agevolata dalla peculiarità delle fattispecie portate alla sua attenzione, nelle quali l'abuso non veniva seriamente sostenuto neppure dagli attori della causa principale⁴⁰⁰ – la Corte pare allontanarsi dall'automatismo in qualche modo insito nel modello di giudizio del “tipo *Höfner*”. Il filone previdenziale mostra, inoltre, sebbene non senza eccezioni⁴⁰¹, una chiara propensione ad un'applicazione piuttosto benevola e generosa del modello di giudizio “alla *Corbeau*”.

In *Höfner* ed in *Job Centre* la Corte aveva, in astratto, motivi (e sollecitazioni espresse) non minori per prendere in esame l'eventualità dell'applicazione delle deroga ai sensi dell'art. 90.2

principio di solidarietà, autentico “criterio unificante” dell'intero “impianto costituzionale” italiano, come ha recentemente ricordato N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra solidarietà e mercato*, in *Rass.DC*, 1994, I, pp. 24 ss., qui p. 28.

⁴⁰⁰ Questo è peraltro vero più per *Pavlov* che per *van der Woude*.

⁴⁰¹ Il regime *Coreva* fu effettivamente ritenuto illegittimo ex art. 86 – per l'abuso “automatico” della posizione dominante riservata al suo gestore – dal Consiglio di Stato francese. Potrebbe però rilevarsi che il giudice nazionale abbia qui seguito piuttosto le indicazioni dell'Avvocato generale che non quelle, senza dubbio più “neutre”, della Corte che, formalmente non richiesta, non si era pronunciata ex *professo* sul punto.

del TCE. La rigida sussunzione delle due *diverse* fattispecie all'interno della malleabile figura dell'abuso automatico (e, qui, "autoevidente") ha però precluso qualunque seria considerazione di siffatti motivi. L'inefficienza plateale del servizio non tollera "scusanti", per quanto basate su assai celebrate concezioni della "cittadinanza costituzionale".

In un siffatto contesto, il principio della gratuità del servizio pubblico di collocamento – al pari del suo risvolto soggettivo: l'essere, cioè, quel principio, direttamente attuativo d'un corrispondente *diritto fondamentale* del lavoratore – finisce per venire completamente assorbito dalle predominanti e imperiose ragioni dell'efficienza del mercato. Spetta, semmai, al legislatore nazionale trovare il modo per recuperare il principio e il diritto corrispondente in un quadro che sia prima di tutto rispettoso dei canoni della libertà di concorrenza.

È indubbia, del resto, sotto il profilo testé accennato, la maggiore "sensibilità politica" nel complesso dimostrata dalla Corte, nel filone dei casi "previdenziali", per il pur ridotto "margine di discrezionalità"⁴⁰² in capo agli Stati membri nell'organizzazione dei loro sistemi di protezione sociale. Il livello di riconoscimento di tale residua libertà di scelta degli Stati membri è senza dubbio vario e oscillante pur all'interno dei casi previdenziali: è più ampio, per esempio, in *Poucet e Pistre*, che riecheggia, sul punto, la formula utilizzata in *Duphar*⁴⁰³; è decisamente più contenuto in *Albany*, dove si parla solo di un "margine di discrezionalità", da sottoporre ad attento scrutinio.

Seppur con differenze di grado o intensità – evidenti solo se si leggono con una certa acribia le sfumature linguistiche delle sentenze della Corte –, questa sfera, più o meno ampia, di discrezionalità è comunque espressamente riconosciuta in tutti i casi previdenziali. Non così, invece, in *Höfner* e in *Job Centre*, ove non c'è alcuna traccia di tale, pur ridotta, discrezionalità: le competenze sociali degli Stati membri vengono qui completamente occupate dal mercato. La "*pre-emption*" delle regole di concorrenza è pressoché totale e realizza un secco capovolgimento del rapporto regola/eccezione.

Le due sentenze s'ispirano invero a una visione pressoché integralmente "mercificata" dell'attività di collocamento della manodopera⁴⁰⁴. Filtrata attraverso una lettura "olistica" del diritto della concorrenza, in essa a stento si riuscirebbe a riconoscere e a ricordare una delle più tradizionali ed importanti funzioni di

⁴⁰² Così al punto 122 della sentenza *Albany International BV*.

⁴⁰³ Dove si era detto che il diritto comunitario addirittura "*non scalfisce* la competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi previdenziali" (punto 16 della motivazione; corsivo mio).

⁴⁰⁴ Vedi F. KESSLER, *Droit de la concurrence*, cit., p. 432.

protezione e di redistribuzione svolte dallo Stato sociale nazionale, in termini che, ad esempio, lo stesso legislatore sovranazionale ha avuto cura di preservare allorché ha disciplinato il diritto alla libertà di circolazione della manodopera all'interno della Comunità. La funzione sociale e solidaristica del collocamento pubblico e gratuito lascia – in *Höfner e Job Centre* – un'esilissima traccia.

È innegabile, pertanto, alla luce di queste considerazioni, l'"evoluzione" compiuta poco più tardi dalla Corte nella sua giurisprudenza sui monopoli previdenziali. In essa lo sforzo di comprensione delle "ragioni della solidarietà" è decisamente maggiore⁴⁰⁵ e porta, in un diverso contesto, a risultati applicativi per lo più concretamente favorevoli agli enti monopolisti. Diritto comunitario della concorrenza e diritto nazionale del lavoro paiono così trovarvi una ragionevole forma di "coabitazione"⁴⁰⁶.

Una valutazione più disincantata delle "categorie formali" impiegate dalla Corte, che determinano e delimitano i termini del confronto e della coabitazione tra le due famiglie di diritti, giustifica una visione più problematica della pur indiscutibile "evoluzione" compiuta dalla giurisprudenza comunitaria nel corso di questi ultimi anni. All'interno d'una tale lettura sembra trovare conferma la diffusa percezione di un persistente sbilanciamento in favore delle esigenze delle libertà di impresa e di concorrenza, in cui la "decisione sostanziale di dare la priorità ai principi che presiedono all'integrazione economica [...] sulle normative nazionali del lavoro"⁴⁰⁷, è solo contingentemente e piuttosto precariamente temperata da esiti applicativi favorevoli alle istanze sociali protette da questi ultimi.

Sebbene entro margini d'ampiezza che possono variare – e che in effetti variano – in misura rilevante, in relazione sia ai differenti contesti concreti che agli stessi criteri d'applicazione delle norme del Trattato in materia di integrazione economica⁴⁰⁸, la

⁴⁰⁵ Cfr. S. SCIARRA, *Diritto*, cit., p. 595.

⁴⁰⁶ Vedi L. IDOT, *Droit*, cit., p. 7.

⁴⁰⁷ J. BAQUERO CRUZ, *La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam*, in *RDCE*, 1998, n. 4, pp. 639 ss., qui pp. 654-655.

⁴⁰⁸ È stato giustamente rilevato, ad esempio, che oggi l'autonomia delle scelte compiute in materia previdenziale dai legislatori nazionali trova più facile riparo sotto l'ombrello dell'art. 90.2, che non sotto quello aperto dalla valutazione delle "esigenze imperative" ex art. 30 del Trattato. L'applicazione dell'art. 30 in ragione del mero fatto della circolazione intracomunitaria di *beni* (ma lo stesso vale per l'art. 59 quanto ai *servizi*), tra l'altro, consente nella sostanza di "eludere" un ostacolo preliminare all'applicazione delle norme sulla concorrenza, *i. e.* quello consistente nel verificare preliminarmente se si sia o meno in presenza di imprese. In *Decker e Kohll* – in cui la Corte ha come noto dichiarato l'incompatibilità della normativa nazionale con gli artt. 30 e 59 del TCE – gli enti previdenziali convenuti nelle cause principali difficilmente potevano essere

salvaguardia di quelle istanze resta tendenzialmente costruita come eccezione, appunto più o meno significativa, *ad una regola* alle stesse tendenzialmente "ostile"⁴⁰⁹.

Si pensi, in primo luogo, al cruciale aspetto della immunità dei prodotti dell'autonomia collettiva dal diritto comune della concorrenza. In *Albany* e in *van der Woude* la Corte l'ha senza dubbio affermata in termini piuttosto netti. Muovendosi in un'ottica di *Law & Economics*, taluni hanno anzi sostenuto che la Corte si sarebbe spinta sin troppo oltre, eccedendo addirittura la sfera dell'immunità riservata alla contrattazione collettiva in alcuni ordinamenti nazionali a vocazione più liberale e finendo comunque per perdere almeno in parte di vista quelle ragioni di efficienza allocativa che avrebbero invece dovuto più strettamente condizionarne i confini⁴¹⁰. Pietro Ichino⁴¹¹ ha analogamente sostenuto che la Corte, utilizzando formule troppo generiche nel fissare i "paletti" dell'immunità relativa del contratto collettivo, ha perso l'occasione per mettere realmente in discussione – alla luce del diritto della concorrenza e del mercato – la pretesa *ratio* protettiva della norma giuslavoristica inderogabile e limitativa del processo concorrenziale.

Cambiando punto di vista, queste critiche potrebbero essere tuttavia legittimamente rovesciate. Nella prospettiva qui accolta, la debolezza ed il limite più grave, sia di *Albany* che di *van der Woude*, è all'opposto costituito dal mancato riconoscimento dell'esistenza di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva a livello comunitario.

Come si avrà modo di dire meglio più avanti⁴¹², è infatti soprattutto la totale assenza del "linguaggio dei diritti fondamentali"⁴¹³ a gettare – in entrambe le pronunce citate – un'ombra di preoccupante incertezza sulla natura e l'estensione dell'area "immune" dell'autonomia collettiva.

La recisione del legame col linguaggio dei diritti fondamentali, dominante nelle tradizioni costituzionali di taluni Stati membri e radicato nelle fonti internazionali di diritto del lavoro più di quanto

considerati come delle imprese pur alla luce della onnicomprensiva definizione accolta dalla giurisprudenza comunitaria (vedi, per qualche accenno sul punto, S. PICCININNO, *La natura*, cit., pp. 284 e 296).

⁴⁰⁹ Cfr., in termini, tra gli altri, ancora J. BAQUERO CRUZ, *La protección*, cit., pp. 655-656, nonché C. BARNARD, S. DEAKIN, *In Search*, cit., p. 125. Si confrontino inoltre le convergenti valutazioni critiche compiute da G. ORLANDINI, *Libertà*, cit., p. 633, con riguardo al problema posto dal controllo di ragionevolezza del conflitto sindacale alla luce del solo art. 30 del TCE.

⁴¹⁰ È la già ricordata opinione critica di R. J. VAN DEN BERGH, P. D. CAMESASCA, *Irreconcilable*, cit.

⁴¹¹ *Collective Bargaining*, cit., pp. 190 e 193.

⁴¹² Vedi *infra*, parr. 16 e 17.

⁴¹³ M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *DL*, 2001, pp. 329 ss., qui p. 340.

la “ricognizione tecnica” compiuta dall’Avvocato generale Jacobs lasci in realtà supporre⁴¹⁴, restituisce – in *Albany* come in *van der Woude* – l’immagine di una contrattazione collettiva rigidamente “funzionalizzata”⁴¹⁵. L’autonomia collettiva è in realtà libera di muoversi senza doversi previamente misurare col divieto di cui all’art. 85.1 del TCE solo nell’ambito di quelle che sono le sue normali funzioni di regolazione delle condizioni di lavoro.

L’Avvocato generale Fenelly, nel rimarcare la sostanziale sintonia di vedute tra le conclusioni del collega Jacobs e la decisione della Corte in *Albany*⁴¹⁶, ha altresì ribadito come l’eccezione alla regola fondamentale posta dall’art 85.1 non possa che essere anche in tal caso costruita “strettamente”⁴¹⁷, pur ovviamente escludendo che la deroga debba essere riferita alla sole materie direttamente connesse col trattamento retributivo dei lavoratori subordinati.

Nel concludere in *van der Woude*, egli ha suggerito alla Corte che l’immunità del contratto collettivo deve essere intesa come “strettamente limitata alla regolazione delle condizioni di lavoro”⁴¹⁸. Il criterio dello *strict scrutiny* – che in forme e con gradi di intensità diversi presiede all’applicazione di tutte le eccezioni alle regole portanti del Trattato in materia di integrazione economica – è conformemente utilizzato dalla Corte di Giustizia.

La precisazione – come detto in qualche modo implicita già in *Albany* – che il limite rappresentato dal divieto di incidere direttamente sulla sfera giuridica di terze parti non viene integrato dalla decisione di affidare ad un’entità distinta la gestione delle materie proprie del contratto collettivo⁴¹⁹, non accresce in realtà in nessun modo i confini dell’immunità, affatto relativa, di quest’ultimo. Le parti sociali restano libere solo se perseguono in buona fede gli obiettivi loro propri nel quadro formale della contrattazione collettiva, limitandosi a regolare strettamente le condizioni di lavoro senza incidere direttamente sul mercato dei prodotti e dei servizi⁴²⁰.

⁴¹⁴ Cfr. sin d’ora B. BERCUSSON, *Trade Union Rights in EU Law*, in F. SNYDER (a cura di), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford-Portland, 2000, pp. 195 ss.

⁴¹⁵ Per questo rilievo, già richiamato *supra*, cfr. M. PALLINI, *Il rapporto*, cit., p. 242, che sottolinea l’“aperto contrasto” di tale concezione con quella “dell’autonomia collettiva come potere di autodeterminazione delle parti sociali” che si trova nella Carta costituzionale italiana.

⁴¹⁶ Vedi il punto 27 delle sue conclusioni in *van der Woude*.

⁴¹⁷ Vedi il successivo punto 28 delle sue già citate conclusioni.

⁴¹⁸ Punto 44 delle conclusioni.

⁴¹⁹ Come appunto nel caso in cui si affidi ad un terzo assicuratore la gestione di un regime previdenziale integrativo.

⁴²⁰ Vedi L. DI VIA, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in MCR, 2000, pp. 279 ss., specialmente pp. 292 ss.

Spetta alla Corte – sulla base di indicazioni che lasciano tuttora una vasta area d'incertezza⁴²¹ – stabilire se la contrattazione collettiva si sia o meno svolta nell'ambito delle sue funzioni "normali" e – per questo – "immuni".

E' evidente il rischio di una rilevante compressione di quello che in talune costituzioni nazionali viene senz'altro considerato come un originario potere di autodeterminazione e di autonomia delle parti sociali, garantito al massimo livello appunto come espressione di un diritto fondamentale. E' forte, per fare qualche concreto esempio, il sospetto che le attività regolative poste in essere dalle parti sociali al fine di limitare e controllare i processi di segmentazione dell'apparato produttivo e di *outsourcing*⁴²² o, ancora, di armonizzare dei tempi di lavoro e di cura⁴²³ o, per aggiungere un nuovo e sempre più importante fronte di azione, al fine di attivare strumenti di contrasto dell'esclusione dal mercato del lavoro⁴²⁴, fuoriescano, quantomeno per i forti effetti *ultra partes* loro connaturali, dalla sfera immune *ratione materiae* del contratto collettivo⁴²⁵.

Problemi altrettanto rilevanti pongono, poi, nella medesima prospettiva qui accolta, le risposte fornite dalla Corte di Giustizia in ordine alla questione dei limiti di compatibilità delle "funzioni solidaristiche" realizzate degli enti di previdenza sociale col diritto comunitario della concorrenza e del mercato.

Anche in tal caso non sfuggono i rischi inerenti ad una definizione angusta della solidarietà come *eccezione* alla concorrenza.

⁴²¹ Vedi S. EVJU, *Collective Agreements*, cit., pp. 166 e 182, ove nota come "*van der Woude* aggiunga sicuramente un pezzo al puzzle di *Albany*, ma sia ancora lungi dal fornire una guida più precisa su come fissare in linea generale il confine". In termini simili, anche M. ROCCELLA, *La Carta*, cit., p. 339, che parla di un preoccupante "alone di incertezza".

⁴²² Vedi P. ICHINO, *Collective*, cit., p. 189, che ritiene tale ipotesi senz'altro illegittima.

⁴²³ Cfr. L. DI VIA, *Sindacati*, cit., p. 294, secondo cui – alla stregua di quanto statuito in *Albany* – l'esenzione automatica del contratto collettivo dalla normativa *antitrust* potrebbe affermarsi soltanto per quella parte di disciplina dell'orario di lavoro, da esso portata, che "riguardi esclusivamente il contenuto della prestazione del singolo lavoratore e non, invece, l'orario di apertura al pubblico o di produzione di un'impresa".

⁴²⁴ Cfr. S. VOUSDEN, *Albany*, cit., pp. 181 ss.

⁴²⁵ Questo è, del resto, sempre più spesso chiamato a svolgere funzioni regolative "quasi pubbliche" nel settore dei servizi pubblici. Anche qui sfuma la possibilità di tracciare una netta linea di confine tra mercato del lavoro e mercato dei servizi; esiste un legame complesso e difficile da sciogliere tra la tutela dei diritti dei lavoratori e quella dei diritti degli utenti. Nell'ambito di un sistema di regolazione pluralistica il contratto collettivo si pone in realtà come "ponte" tra le due dimensioni (cfr. S. SCIARRA, *Labour Law – A Bridge between Public Services and Citizenship Rights*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA [a cura di], *Public Services*, cit., pp. 173 ss., specialmente pp. 203 ss.). L'applicazione delle dette categorie del diritto della concorrenza può risultare, in un contesto del genere, particolarmente difficile e problematica.

Una nozione di solidarietà predefinita in relazione ai canoni della razionalità propria del diritto della concorrenza gioca, come visto, un ruolo ormai molto limitato ai fini della pregiudiziale definizione del concetto di "impresa". Alla stregua della prevalente giurisprudenza della Corte di Giustizia, solo quella specifica forma di solidarietà assicurata dal meccanismo finanziario della ripartizione, è infatti idonea ad escludere la funzione previdenziale dal novero delle "attività economiche".

Senonché, una definizione così meccanica della solidarietà finisce a ben vedere per costituire un argine piuttosto discutibile alla tendenziale onnipervasività della nozione di attività economica (e, perciò, d'impresa), sulla quale essa stessa è in buona sostanza ritagliata⁴²⁶.

Volendo infatti portare fino ai suoi estremi limiti logici una nozione così ampia e tentacolare come quella recepita dalla Corte in *Höfner* e poi dalla stessa scrupolosamente confermata in tutta la sua successiva giurisprudenza, non pare inammissibile supporre che gli stessi sistemi pubblici a ripartizione potrebbero, almeno in teoria, essere attratti dentro il concetto di attività di natura economica. È quanto in buona sostanza suggerisce chi ritiene che a rigore non sia possibile parlare di attività economica solo nei casi limite in cui venga necessariamente in gioco la potestà d'imperio dello Stato (minimo), potestà che appartiene unicamente alla sfera dei poteri che costituiscono il nucleo duro della sovranità⁴²⁷.

Del resto, il sistema della ripartizione assume – anche da un punto di vista tecnico e finanziario – sembianze diverse. Non si presenta sempre in forma pura, non sempre è applicato in via esclusiva⁴²⁸. Ciò che non può non aumentare le incertezze e le perplessità definitorie ex artt. 85 e seguenti del TCE di una categoria di attività che mal si riduce a una chiara e netta catalogazione – l'unica, per taluni, ad essere veramente sintonica con una corretta applicazione delle regole di concorrenza – o all'interno delle attività economiche *oppure* nell'ambito di quelle *iure imperii*⁴²⁹.

⁴²⁶ F. KESSLER, *Droit*, cit., p. 446, parla al riguardo di "*un monopole de raisonnement à partir des seules règles de la concurrence*". Per qualche altro spunto sull'argomento, vedi pure il mio *I monopoli*, cit., p. 713.

⁴²⁷ Sembra questa la linea di pensiero patrocinata da L. GYSELEN nel suo commento critico ad *Albany* in *CMLR*, 2000, pp. 425 ss., specialmente pp. 440-441, nonché ne *L'applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, Bruxelles, 1999, p. 1071 ss., specialmente p. 1081.

⁴²⁸ È questo, ad esempio, il già ricordato caso dell'INAIL. E non è casuale che la Corte di Giustizia abbia nella specie dovuto in qualche modo attenuare il rigore delle proprie assunzioni circa valore il dirimente della (sola) solidarietà "per ripartizione".

⁴²⁹ Cfr. pure D. SIMON, *Les mutations*, cit., p. 75, nonché, più ampiamente, A. WINTERSTEIN, *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *ECLR*, 1999, pp. 324 ss., specialmente p. 326, ove si rileva come sia possibile

Potrebbe replicarsi che, sia pur a costo di qualche apparente contraddizione⁴³⁰, il valore della solidarietà sarebbe stato sostanzialmente recuperato dalla Corte sul piano della applicazione della deroga ex art. 90.2 del Trattato.

Per lo meno in *Albany*, la Corte è pervenuta, infatti, alla conclusione che comunque i vincoli solidaristici gravanti sul fondo pensione/impresa sono tali da giustificare l'attribuzione *ex lege* dei diritti esclusivi, essendo questi necessari all'adempimento – in linea di diritto e di fatto – della missione di interesse economico generale stabilita dallo Stato membro. La Corte ha anzi nella specie valicato i confini che si era in qualche modo autoassegnata in *Corbeau* e, disattendendo la contraria opinione dell'Avvocato generale Jacobs, si è ritenuta senz'altro competente ad effettuare una siffatta valutazione, in precedenti occasioni rilasciata, viceversa, al giudice nazionale⁴³¹.

Convalidando in astratto e una volta per tutte l'argomento della "spirale negativa", la Corte avrebbe con ciò posto al riparo dai rischi di un'applicazione troppo rigorosa delle condizioni della deroga, garantendo *a priori* una sostanziale uniformità di giudizio rispetto a tale delicata e complessa *quaestio facti*.

Senonché, potrebbe fondatamente ribattersi che l'intrinseca debolezza della soluzione adottata dalla Corte sta proprio qui: nell'aver relegato tendenzialmente il principio di solidarietà a mera condizione di applicabilità della deroga ex art. 90.2 del Trattato⁴³².

Non va, infatti, dimenticato che – in quanto eccezione a una regola – la previsione dell'art. 90.2 tende a essere coerentemente costruita da dottrina e giurisprudenza oggi dominanti in termini stretti. Ne consegue che l'ambito dei diritti esclusivi giustificabili alla stregua della norma va in linea di massima definito in termini tali da restringere il meno possibile il gioco della concorrenza. Il principio di proporzionalità impone di non andare oltre quanto è strettamente

"pensare soltanto ad un'area in cui lo Stato, per definizione, non fronteggia né in atto né in potenza la concorrenza dei privati: quella dell'esercizio dell'*imperium*", in cui "l'autorità emana dalla sovranità e dalla maestà dello Stato". Se si tiene a mente che il principio base è quello – ideologicamente "naturalistico" – della sussistenza di condizioni attuali o soltanto potenziali di concorrenza, è evidente come la categoria spuria delle attività solidaristiche finisca per avere una assai incerta e problematica collocazione nell'ambito del diritto della concorrenza.

⁴³⁰ Vedi G. LEONE, *La nozione di impresa*, cit., pp. 1011-1012, secondo cui "la contraddizione è evidente, e risiede nella necessaria applicazione logica dei principi enunciati i quali non possono condurre ad affermare che i fondi pensione sono assoggettati alle regole della concorrenza in quanto imprese che non rispettano il principio di solidarietà, ma che le regole non si applicano poiché lo stesso principio di solidarietà lo impedisce".

⁴³¹ Come in *Corbeau*, appunto; vedi quanto criticamente osserva al riguardo A. GARDNER, *The Velvet Revolution*, cit., p. 83.

⁴³² In tal senso, F. KESSLER, *Droit*, cit., p. 446.

necessario all'adempimento – in condizioni economicamente accettabili – della missione di interesse generale⁴³³.

In quest'ottica, di più rigorosa e meno "benevola" applicazione della disposizione⁴³⁴, "l'indispensabilità dei diritti esclusivi di gestione" del fondo pensione "non è affatto di per sé evidente", ma deve essere, per contro, sempre di volta in volta "dimostrata con riferimento a ciascun specifico caso"⁴³⁵, inevitabilmente dinanzi al giudice nazionale. Anche a prescindere dalle alee intrinseche alla "lotteria forense", è evidente come i margini di discrezionalità propri di un siffatto giudizio, a qualunque livello esso venga compiuto, siano amplissimi e come – di conseguenza – sia praticamente impossibile prevederne in anticipo, con una buona misura di attendibilità, gli esiti sostanziali.

Ancora una volta comunque – e almeno se assunto in tutte le sue *potenziali* implicazioni –, il principio di proporzionalità e di stretta congruenza rispetto allo scopo della deroga è sicuramente riportabile a una logica del tipo: "la concorrenza dove è possibile il profitto, la solidarietà per il resto"⁴³⁶; con tutti i rischi di residualizzazione strisciante delle funzioni del *Welfare State* nazionale che a questa sono, all'evidenza, immanenti⁴³⁷.

L'ineguale bilanciamento in favore delle esigenze della libertà di concorrenza nel mercato integrato – intrinseco alle categorie interpretative e valutative sin qui utilizzate dalla Corte di Giustizia, anche nella definizione del filone dei casi previdenziali –, lascia perciò irrisolti, quantomeno su di un piano teorico, i dilemmi posti dall'infiltrazione del diritto comune della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali.

Si tratta di dilemmi che toccano direttamente la centrale questione della legittimità sostanziale del diritto e delle politiche comunitarie,

⁴³³ Vedi per tutti A. GARDNER, *The Velvet*, cit.; D. SIMON, *Les mutations*, cit., pp. 79 e 84; J. M. GONZÁLEZ-ORÚS, *Beyond*, cit., pp. 400 ss.

⁴³⁴ Vedi D. GADBIN, *Les fonds*, cit., pp. 184-185, ove nota che in *Albany* la Corte ha evitato di svolgere "un controllo di proporzionalità particolarmente approfondito sulle restrizioni della concorrenza necessarie per consentire la realizzazione, da parte dei fondi, della loro missione d'interesse economico generale", ma che ciò non toglie che i giudici comunitari dispongano, "col principio di proporzionalità", di uno strumento assai efficace e utile, quando volessero un giorno "tirare la corda", a sorreggere operazioni interpretative di segno esattamente opposto.

⁴³⁵ L. GYSELEN, *L'applicabilité*, cit., p. 1098, che sostiene la tesi più rigorosa, respinta in questi termini generali e assoluti dalla stessa Corte in *Albany*, secondo cui, alla luce del principio di proporzionalità, di regola lo Stato non dovrebbe spingersi oltre la fissazione di un quadro di regole imperative e di obblighi minimi, lasciando poi al mercato assicurativo la concreta conduzione dei regimi di previdenza complementare.

⁴³⁶ F. KESSLER, *Droit*, cit., p. 432.

⁴³⁷ Si vedano anche T. HAMONIAUX, *Le service public*, cit., p. 456; D. SIMON, *Les mutations*, cit., pp. 89-90, L. PASCAL, *Les apports*, cit., pp. 116-117.

nella misura in cui disvelano una delle più insidiose fonti di potenziale crisi della stessa⁴³⁸. La ricerca di più efficaci "antidoti" ad un'infiltrazione che continui ad assumere i contorni della pura integrazione negativa dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, non pare, perciò, estranea a quella ricerca di un più saldo fondamento di legittimità democratica dell'ordinamento dell'Unione, nella quale Joseph Weiler ha individuato uno dei compiti principali del "neo-costituzionalismo europeo"⁴³⁹.

Nelle pagine che seguono tale ricerca verrà condotta lungo tre linee di analisi e di riflessione, tra loro strettamente connesse.

La prima linea di riflessione attiene al tema del diretto rafforzamento della rilevanza dei valori sociali nell'ambito del processo di integrazione comunitaria. La costituzionalizzazione, al livello dell'ordinamento sovranazionale, di un catalogo di diritti fondamentali che includa al suo interno – a pieno titolo – anche i diritti della seconda (o della terza)⁴⁴⁰ generazione rappresenta, infatti, la prima e più importante garanzia affinché l'auspicato ribilanciamento, svolgendo una immediata funzione di rilegittimazione materiale dell'Unione europea, possa operare su basi solide e acquistare carattere strutturale.

La seconda attiene al tema dei dialoghi costituzionali sui valori fondanti dell'Unione europea, tema che – non diversamente dal primo – riceve, come si è già avuto modo di sottolineare nella prima parte di questo studio, un rinnovato impulso dalla Carta di Nizza.

⁴³⁸ Cfr. specialmente F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Bologna, 1999, pp. 49 ss.; S. SIMITIS, *Dismantling*, cit., pp. 156 ss.

⁴³⁹ Vedi J. H. H. WEILER, *European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order*, in *PStud.*, 1996, p. 517, nonché ID., *Epilogue. The European Courts of Justice: Beyond "Beyond Doctrine" or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, pp. 365 ss.

⁴⁴⁰ Nella celebre sequenza evolutiva tratteggiata da Marschall quelli sociali rappresentano i diritti della terza generazione, subito dopo quelli civili e politici (che costituiscono, rispettivamente, la prima e la seconda generazione); vedi T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, ora in T. H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *Citizenship and Social Class*, London, 1996, pp. 3-51 (e cfr. pure N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA [a cura di], *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1996, pp. 115 ss.). Non è, però, infrequente, in dottrina, l'iscrizione dei diritti sociali alla seconda generazione, ovvero alla generazione che storicamente aggiunge una specifica finalizzazione welfaristica allo Stato liberaldemocratico: si veda, ad esempio, in tal senso, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, pp. 507 ss., specialmente p. 512 (nonché, ancor meglio, ID., *Sui diritti sociali*, in *DD*, 1995, p. 545).

La terza, infine, affronterà la questione in discussione dal diverso e assai problematico angolo visuale del raccordo tra competenze comunitarie e competenze statali in materia di politiche sociali.

16.- È ben noto come – con un'intensità crescente nel corso del decennio che s'è chiuso – la comunità dei giuslavoristi europei sia stata tra le più attive e coerenti nel sostenere nel dibattito scientifico e politico, con varietà di proposte e soluzioni, l'esigenza della inclusione nel Trattato istitutivo, e cioè in quella che la Corte di Giustizia considera la "Carta costituzionale" della Comunità europea⁴⁴¹, di un catalogo di diritti fondamentali che contenesse anche l'esteso e compiuto riconoscimento dei diritti sociali *comunitari* di cittadini e lavoratori⁴⁴². È altrettanto noto come sull'urgenza di un'opera d'espressa costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali al massimo livello di rilevanza e di visibilità offerto dall'ordinamento sovranazionale, si siano concentrate – con qualche differenza nei contenuti più "tecnici" e "operativi" delle proposte – le autorevoli indicazioni provenienti dal *Comité des Sages* presieduto da Maria Lourdes de Pintasilgo⁴⁴³ e dal gruppo di esperti più di recente incaricato, ai medesimi fini, dalla Commissione europea, sotto la direzione di Spiros Simitis⁴⁴⁴. Nel nome del principio di indivisibilità e di complementarità dei diritti fondamentali (di prima, seconda e terza generazione)⁴⁴⁵, il riconoscimento dei diritti sociali partecipa alla finalità generale del necessario approfondimento della dimensione valoriale della costruzione comunitaria⁴⁴⁶ – la cui immanenza politica ha ormai

⁴⁴¹ Vedi Corte di Giustizia CE, causa 294/83, *Parti Ecologiste "Les Verts"*, in *Racc.*, 1986, p. 1339, e l'opinione sull'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, n. 1/91, ivi, 1991, I, p. 6079.

⁴⁴² Si rinvia – anche per i necessari riferimenti – al par. 13 della parte prima.

⁴⁴³ *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino. Relazione del Comitato di esperti presieduto da Maria Lourdes de Pintasilgo*, Bruxelles, 1996.

⁴⁴⁴ *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Prof. Spiros Simitis*, Bruxelles, 1999.

⁴⁴⁵ Vedi soprattutto la *Relazione* del Comitato Simitis, citata nella nota precedente.

⁴⁴⁶ Vedi M. CARTABIA, *Principi inviolabili*, cit., p. 137. I diritti fondamentali sono innanzi tutto "strutture di valore" (A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *PD*, 1991, pp. 639 ss.) ed hanno perciò una immediata "rilevanza costitutiva per la totalità del sistema costituzionale dei valori" su cui poggia un ordinamento (P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. parz. a cura e con un saggio introduttivo di P. RIDOLA, Roma, 1993, qui p. 39). Può essere pertanto convenientemente generalizzata sul piano teorico la proposizione – che P. HÄBERLE riferisce all'ordine costituzionale tedesco – secondo cui "i diritti fondamentali hanno una duplice valenza: da un lato rappresentano dei "valori supremi", e dall'altro permettono all'uomo di trovare dei valori e di attualizzarli, garantendogli lo *status* di libertà".

irreversibilmente ecceduto i limiti funzionali dell'integrazione mercantile – e della conseguente affermazione di un chiaro fondamento di legittimità democratica del pubblico potere europeo⁴⁴⁷.

Ad esso vengono, inoltre, comunemente attribuite due più specifiche funzioni⁴⁴⁸.

Da un lato, e nei limiti in cui viene svolta dalla Comunità, quella di ancorare ad un solido impianto di principi e valori comuni l'azione di integrazione positiva dei sistemi sociali nazionali. Tale specifica funzione "coesiva"⁴⁴⁹ dei diritti sociali fondamentali si rende viepiù necessaria nella misura in cui l'integrazione positiva dei sistemi nazionali di diritto del lavoro si allontana dalle forme più accentratrici e "costruttivistiche" di armonizzazione, conosciute in passato, e trasmuta in quelle del coordinamento *via soft law* o della "reflexive harmonisation"⁴⁵⁰. Il radicamento sovranazionale di diritti sociali fondamentali (individuali e collettivi) assolve, poi, alla connessa funzione di limite o argine contro le sirene della deregolazione competitiva da parte degli Stati membri⁴⁵¹. Eventuali forme di *social devaluation* o di *regime shopping* intracomunitario, in qualche misura indotte dai "rigori" dell'ambiente macroeconomico conseguente all'unificazione monetaria, specie in vista del prossimo allargamento a est dei confini dell'Unione, possono infatti trovare un limite significativo in un'adeguata articolazione di diritti sociali sovranazionali⁴⁵².

D'altro lato – ed è questo, ovviamente, il profilo che qui più interessa –, alla costituzionalizzazione dei diritti sociali comunitari è riconosciuta la capacità di sancire un più rigoroso limite alla integrazione negativa che si realizzi in quella forma diretta e frontale rappresentata dall'intrusione (deregolativa) del diritto comune della concorrenza e del mercato nei diritti del lavoro e

⁴⁴⁷ Vedi, per tutti, recentemente, Y. MÉNY, *Tra utopia e realtà. Una costituzione per l'Europa* (Conversazione con Renzo Cassignoli), Firenze, 2000, pp. 103 e 143 ss.

⁴⁴⁸ Le considera separatamente – sia pure in termini non del tutto collimanti con quelli qui esposti – anche M. POIARES MADURO, *Striking*, cit., pp. 467 ss.

⁴⁴⁹ Per riprendere, riadattandola, la nota espressione di M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, cit.

⁴⁵⁰ S. DEAKIN, *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros*, in *CYELS*, 1999, n. 2, p. 231.

⁴⁵¹ Vedi, per tutti, sia pure con accenti molto scettici sulle soluzioni in tale direzione estrapolabili dalla Carta di Nizza, O. DE SCHUTTER, *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *RUDH*, 2000, nn.1-2, pp. 33 ss., specialmente pp. 35-36.

⁴⁵² Vedi pure A. LO FARO, *Maastricht e oltre. Le prospettive dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, in *DRI*, 1993, pp. 125 ss., specialmente pp. 131-132.

della sicurezza sociale nazionali. In questa seconda e concorrente prospettiva, l'importanza della affermazione di un forte nucleo costituzionale di diritti sociali comunitari viene apprezzata essenzialmente in funzione della preservazione della autonomia e – in certa misura – della stessa specifica identità dei diritti del lavoro nazionali⁴⁵³.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la considerazione delle esigenze che, per lo meno in taluni ordinamenti del lavoro degli Stati membri, trovano protezione nella forma più piena del riconoscimento costituzionale di diritti sociali fondamentali, ha fino ad oggi potuto manifestarsi entro spazi piuttosto ristretti. Tali esigenze hanno trovato una qualche cittadinanza – nell'“impero” in espansione del diritto della concorrenza e del mercato integrato – innanzi tutto entro gli spazi consentiti dalla valutazione delle “esigenze imperative” ammesse – nei limiti fissati dal giudizio di necessità e proporzionalità – dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon* con riguardo all'art. 30, o, ancora, entro quelli mobilmente segnati dalla analoga considerazione degli interessi pubblici in vario grado tutelati dagli artt. 55, 56 e 90 del Trattato.

La formidabile espansione delle regole sulla libera circolazione di beni e servizi, ed in particolare la sempre più rigorosa applicazione dell'art. 30 del TCE anche alle restrizioni non discriminatorie alla libertà di commercio, ha, come meglio detto in precedenza, inevitabilmente portato la Corte ad assegnare un corrispondente, più esteso, riconoscimento anche a motivi di interesse pubblico non direttamente enucleati o tipizzati dal Trattato, così dando ingresso alla protezione di interessi che, negli ordinamenti nazionali, sono normalmente “associati ai diritti sociali”⁴⁵⁴.

Senonché, si è pure ricordato come, nei giochi di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali con cui venivano in collisione, tali interessi oggettivi hanno mostrato una capacità di resistenza notevolmente indebolita dallo *standard* di *strict scrutiny* per lo più utilizzato dalla Corte, sia pure con gradi di intensità e di rigore molto diversi a seconda dei contesti di fatto e di diritto di volta in volta in discussione. Non sono, in ogni caso, pressoché mai venuti in rilievo come diritti di rango almeno pari alle libertà economiche con cui si confrontavano, neppure quando tale era

⁴⁵³ Sembra in tal senso evidente la complementarità delle due prospettive in esame. L'elemento di “saldatura” può essere colto nella difesa – in senso sia positivo (o attivo), che negativo (o passivo) – di una relativa autonomia delle politiche sociali e dello stesso diritto del lavoro rispetto alle politiche macroeconomiche e ai processi regolativi del mercato integrato a livello sia comunitario che nazionale. Vedi, per qualche spunto in tale ottica, S. SCIARRA, *From Strasbourg*, cit., p. 23, nonché, in un più ampio contesto, EAD., *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *ADL*, 1999, n. 2, pp. 369 ss., spec.ialmente pp. 380 ss.

⁴⁵⁴ M. POIARES MADURO, *Striking*, cit., p. 452.

invece la considerazione loro riservata all'interno dell'ordinamento dello Stato membro.

Sotto tale profilo, neppure il Trattato di Amsterdam – pur con la accresciuta rilevanza attribuita agli obiettivi sociali nell'ambito dell'integrazione europea – ha, come si è già avuto modo di ricordare nella prima parte di questo lavoro, sostanzialmente mutato la situazione. Il Trattato di Amsterdam ha sì rafforzato la posizione dei valori e degli obiettivi sociali all'interno del complessivo disegno sovranazionale, ed in tal senso conferito una maggiore autonomia a siffatti obiettivi rispetto a quello della costruzione su scala continentale di un'economia di mercato aperta e basata sulla libera concorrenza; ma non ha – come noto – dato avvio ad una vera e propria costituzionalizzazione di diritti sociali fondamentali comunitari⁴⁵⁵.

I richiami che prima il nuovo Preambolo del TUE e poi, soprattutto, l'art. 136 del TCE compiono, con formulazioni di chiara marca programmatica⁴⁵⁶, alla Carta sociale europea del 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, non valgono, infatti, a incorporare nell'ordinamento comunitario un catalogo di diritti sociali immediatamente azionabili o, comunque, protetti in quanto tali⁴⁵⁷.

Per quanto il riferimento dell'attributo della fundamentalità anche ai diritti sociali, e non più alle sole libertà economiche, materializzi “una scelta politica di notevole impatto simbolico”⁴⁵⁸ e certo non priva di importanti ricadute sul piano interpretativo⁴⁵⁹, non c'è dubbio, tuttavia, che, pur dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, “obiettivo dell'azione della Comunità e degli Stati sono alcuni interessi sociali oggettivi: occupazione; protezione sociale adeguata; dialogo sociale, etc. Non, appunto, la protezione

⁴⁵⁵ A. CANTARO, *Lavoro e diritti sociali nella “costituzione europea”*, in *DD*, 1999 - *Lavoro: declino o metamorfosi?*, a cura di P. Barcellona, pp. 97 ss., ha incisivamente parlato di “una costituzionalizzazione vaga, prevalentemente decorativa” o, ancor meglio, di “una sorta di costituzionalizzazione senza diritti”, nella quale “la “correzione in senso sociale” è avvenuta senza un effettivo ripensamento e riordino della tavola comunitaria dei valori, senza che i Trattati abbiano messo in discussione il rango preminente del diritto della concorrenza e del mercato” (p. 115) e, in particolare, senza accordare un adeguato “livello di protezione giuridica” ad un catalogo inderogabile di diritti sociali (p. 116).

⁴⁵⁶ Nel Preambolo le parti contraenti confermano “il proprio attaccamento ai diritti sociali fondamentali quali definiti” nelle due carte, mentre l'art. 136 dispone che Comunità e Stati membri terranno presenti i medesimi diritti nel perseguimento degli obiettivi sociali contemplati dalla norma.

⁴⁵⁷ In tal senso, *ex plurimis*, G. MAESTRO BUELGA, *Constitución económica*, cit., pp. 148-149; M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *LD*, 2000, pp. 547 ss., specialmente p. 561.

⁴⁵⁸ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 511.

⁴⁵⁹ Cfr. specialmente S. ROBIN-OLIVIER, *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, in *DS*, 1999, pp. 609 ss.

dei diritti sociali come situazioni giuridiche soggettive individuali⁴⁶⁰.

Albany International BV rende esemplarmente il senso di questa situazione limbrica dei diritti sociali nell'ordinamento comunitario, e conferma quella posizione di meri "diritti riflessi" – per riprendere ancora l'efficace caratterizzazione di Massimo Luciani⁴⁶¹ – loro assegnata dal Trattato di Amsterdam.

L'immunità relativa dei prodotti dell'autonomia collettiva dalle regole *antitrust* risponde alla necessità di preservare da una grave compromissione gli "obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi"⁴⁶². Necessità che discende, a sua volta, da un'interpretazione coerente e utile dell'insieme delle disposizioni del Trattato, le quali assegnano una indubbia rilevanza a quegli stessi obiettivi⁴⁶³.

Manca, invece, il riconoscimento di un diritto sociale fondamentale alla contrattazione collettiva. Il linguaggio dei diritti fondamentali è, d'altra parte, parimenti assente allorché la Corte si volge ad apprezzare – pur richiamando espressamente la Direttiva 98/49/CE – "l'importanza della funzione sociale attribuita alle pensioni complementari"⁴⁶⁴, specialmente all'interno d'un sistema come quello olandese in cui esse rappresentano un'integrazione pressoché indispensabile della previdenza pubblica di base.

Per quanto almeno l'esclusione di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva possa apparire discutibile alla luce di una più completa ricognizione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri⁴⁶⁵ e d'una lettura meno formalistica di quella offerta dall'Avvocato generale Jacobs delle fonti internazionali

⁴⁶⁰ Sempre M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., p. 517.

⁴⁶¹ *ivi*, p. 530.

⁴⁶² Punto 59 della sentenza.

⁴⁶³ Vedi in particolare il punto 57 della sentenza.

⁴⁶⁴ Punto 106 della sentenza.

⁴⁶⁵ A risultati sensibilmente diversi conduce infatti l'attenta rassegna di B. BERCUSSON, *Trade Union Rights*, cit., di cui si veda in particolare p. 199. N. BRUUN e B. VENEZIANI (*The Right or Freedom to Transnational Industrial Action*, in *A Legal Framework for European Industrial Relations*, Bruxelles, 1999, p. 84, nota 5), evidenziano, dal canto loro, che la "artificiale divisione tra diritto di contrattazione collettiva e libertà d'intraprendere un'azione collettiva", sostenuta dall'Avvocato generale Jacobs, "non è all'evidenza in sintonia con le tradizioni costituzionali degli Stati membri o con le linee di tendenza dei trattati internazionali". Non ci pare del resto privo di significato, in tale contesto, il fatto che il diritto fondamentale alla negoziazione collettiva figuri tra i *core labour standards* ultimamente riaffermati dalla dichiarazione sui principi dell'OIL del 1998. Non sembra improprio attribuire in questo senso al diritto alla contrattazione collettiva la qualità di diritto fondamentale in qualche modo preliminare e condizionante rispetto ai diritti sociali individuali che si svolgono nel rapporto di lavoro: un carattere, se si consente l'espressione un poco ardita, "superfondamentale" rispetto ad essi.

rilevanti⁴⁶⁶, essa risulta tuttavia innegabilmente coerente con il disegno complessivo dei trattati e con la dimensione eminentemente “aspirazionale” in cui – anche dopo la modifiche introdotte ad Amsterdam – essi racchiudono i diritti sociali⁴⁶⁷.

Potrebbe, del resto, osservarsi che – nella misura in cui la Corte è stata comunque in grado di esentare la contrattazione collettiva sui fondi integrativi olandesi, e la stessa successiva estensione *erga omnes* dei suoi effetti da parte della pubblica autorità, dalle regole di concorrenza – non serva, in effetti, il riconoscimento di un diritto fondamentale, essendo sufficiente la protezione oggettiva così accordata ai legittimi scopi perseguiti dalla parti sociali⁴⁶⁸.

È questa, in buona sostanza, la linea argomentativa espressamente seguita e suggerita alla Corte dall'Avvocato generale Jacobs, allorché aveva affermato nelle sue conclusioni in *Albany* che il riconoscimento di un siffatto diritto non avrebbe in nulla mutato i termini della questione e del giudizio sul caso controverso. “Il semplice riconoscimento di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva – aveva infatti chiarito⁴⁶⁹ – non basterebbe [...] ad escludere quest'ultima dall'applicabilità delle regole di concorrenza”.

Ma si tratta di un argomento che prova troppo⁴⁷⁰, e che viene in realtà sottilmente contraddetto e smentito proprio dal minuzioso

⁴⁶⁶ La stessa Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – se letta alla luce di una valutazione più “aperta” e “sensibile” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – sembra infatti offrire indicazioni diverse. F. SUDRE (*Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RUDH*, 2000, nn. 1-2, pp. 28 ss., specialmente p. 29) ha giustamente argomentato come in realtà nella sentenza *Gustafsson c. Svezia* del 1996 la Corte di Strasburgo sia pervenuta a riconoscere “implicitamente – ma necessariamente, ci sembra – che il diritto di negoziazione collettiva sia incluso in quello alla libertà sindacale”. Lo *status* in qualche modo speciale e rafforzato attribuito alla Convenzione di Roma dall'art. 6.2 del TUE, che la nomina espressamente come fonte qualificata d'ispirazione per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, avrebbe in tal senso potuto orientare diversamente i risultati dell'analisi internazionalistico-comparativa dell'Avvocato generale Jacobs, che aveva imputato unicamente all'art. 6 della Carta sociale europea il riconoscimento di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva. Per concludere, tuttavia, subito dopo, che “la struttura della Carta è tale che i diritti in essa previsti rappresentano obiettivi politici più che diritti azionabili” (punto 146 dell'opinione dell'Avvocato generale).

⁴⁶⁷ Cfr. la *Relazione* del Comitato Simitis, laddove in particolare si chiarisce che l'art. 136 del TCE definisce i diritti sociali quali enunciati nelle due carte ivi richiamate semplicemente “come linee direttive per l'attività della Comunità e degli Stati”, “solo come una base per le politiche comunitarie”.

⁴⁶⁸ Sembra orientato in tal senso U. RÜNGGALDIER, *Diritto del lavoro e diritti fondamentali: Austria*, in *LD*, 2000, pp. 621 ss., specialmente pp. 630 e 633. *Contra*, molto chiaramente, M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., pp. 531-532.

⁴⁶⁹ Al punto 163 delle conclusioni.

⁴⁷⁰ È difficile, ad esempio, provare a immaginare la straordinaria *success story* dell'art. 30 del TCE *senza* la costruzione della libertà economica protetta dalla

sforzo interpretativo svolto dall'Avvocato generale per confutare – negando la positiva esistenza di un tale diritto nell'ordinamento comunitario – l'opposta tesi affacciata dalla stessa Commissione delle Comunità europee, oltre che da alcuni Stati membri, nel corso del giudizio.

Quello sforzo pare infatti sorretto dalla consapevolezza che l'immissione nel circuito interpretativo di un diritto sociale fondamentale alla contrattazione collettiva avrebbe in realtà considerevolmente cambiato la sostanza delle cose⁴⁷¹.

Essa avrebbe significativamente influito non tanto sull'*an* dell'*antitrust immunity*, che può considerarsi sostanzialmente scontato appena ci si allontani da prospettive di liberismo estremo, quanto piuttosto sul *quomodo* e sul *quantum* della stessa, che appaiono in realtà i due profili concretamente più rilevanti.

Può anzi affermarsi che il riconoscimento di un siffatto diritto sarebbe stato (e sarebbe), in effetti, idoneo a invertire, a capovolgere, la prospettiva metodologica spiegata dall'Avvocato generale Jacobs e che la stessa Corte ha, invero, finito per accogliere.

Dato in premessa il diritto fondamentale delle parti sociali alla contrattazione collettiva, occorre per definizione ammettere che le regole della concorrenza sono in realtà del tutto inapplicabili. Non andranno, pertanto, fissati i (più o meno larghi) limiti entro i quali il contratto collettivo – per la sua natura o il suo oggetto – è da ritenersi immune; ma dovranno, all'opposto, essere determinati i ristrettissimi margini entro i quali – senza mai poterne intaccare la sostanza, il nucleo intangibile – il diritto della concorrenza può, del tutto eccezionalmente, richiedere una compressione, nell'interesse generale, dell'originaria sfera di libertà dell'autonomia collettiva.

In quest'ottica, la pretesa onnipervasività del diritto comune della concorrenza trova un limite costitutivo nella autonomia delle parti sociali. Un limite originario non scalabile, se non in via del tutto eccezionale e in misura rigorosamente circoscritta dalla necessità di garantire la massima effettività possibile del diritto

norma come *diritto fondamentale*. In realtà, la potente forza di penetrazione di quella libertà – specie all'interno di ordinamenti nazionali (come quello italiano) dove le libertà economiche ricevono una considerazione di gran lunga inferiore e una protezione costituzionale decisamente più debole – è dovuta in buona parte alla sua affermazione come diritto e pretesa fondamentale dell'individuo, garantita con la massima efficacia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. quanto rileva P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario*, cit., pp. 323 ss., specialmente alle pp. 347-348).

⁴⁷¹ È peraltro lo stesso Avvocato generale ad ammettere, assai significativamente, che "si tratta di una questione di principio, in quanto se un tale diritto esiste, qualunque pregiudizio sostanziale arrecato ad esso, foss'anche nel pubblico interesse, potrebbe risultare illegittimo" (punto 133 delle conclusioni).

fondamentale. Un limite, quindi, che funge esso stesso da autonomo e fondamentale principio ordinatore della dinamica dell'ordinamento comunitario, uscendo dalla minoritaria condizione di deroga ai (di massima prevalenti) principi del diritto della concorrenza.

Il riconoscimento di un diritto fondamentale esige che si individuino "accuratamente quei beni giuridici che sono sostanzialmente di rango paritario o superiore rispetto al diritto fondamentale"⁴⁷², e coi quali esso deve essere correlato secondo le modalità proprie del bilanciamento, che è "equilibrio e coordinamento"⁴⁷³.

In tale prospettiva, il confronto con le libertà economiche e i principi della libera concorrenza nel mercato unico deve muovere quanto meno da un tale presupposto di equiordinazione dei valori protetti attraverso il riconoscimento del diritto fondamentale alla contrattazione collettiva e delle correlate espressioni della autonomia delle parti sociali⁴⁷⁴. La ponderazione con i beni e gli interessi giuridici in conflitto potenziale rende in ogni caso ammissibili soltanto le limitazioni assolutamente essenziali del diritto fondamentale⁴⁷⁵, senza che sia possibile penetrare nel "campo assolutamente tutelato"⁴⁷⁶ dello stesso.

Per tornare ad uno dei più problematici fronti aperti da *Albany*, difficilmente potrebbe trovare accoglienza – nella prospettiva qui accolta – quel criterio di "intimacy" proposto in dottrina sulla scia delle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, al fine di individuare con certezza la linea di demarcazione oltre la quale il contratto collettivo, dovendosi considerare fuoriuscito dal terreno della stretta regolazione dei rapporti di lavoro, perderebbe la sua immunità⁴⁷⁷.

Né, a maggior ragione, sarebbe legittima la pretesa – come tale respinta dalla stessa Corte di Giustizia – di sottoporre le funzioni svolte dalla contrattazione collettiva⁴⁷⁸ ad un confronto sistematico ("a tutto campo") con le regole del diritto della concorrenza⁴⁷⁹. Giacché in entrambi i casi – e sia pure con accenti diversi – ci si

⁴⁷² P. HÄBERLE, *Le libertà*, cit., p. 63.

⁴⁷³ Ivi, p. 68. In termini analoghi, nella dottrina costituzionalistica italiana, R. BIN, *Diritti*, cit., pp. 56 ss.; più di recente, nell'ambito di un'accurata analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *GCost.*, 1998, pp. 3953 ss.

⁴⁷⁴ Spunti simili in J. BAQUERO CRUZ, *La protección*, cit., p. 656.

⁴⁷⁵ Vedi ancora P. HÄBERLE, *Le libertà*, cit., p. 79.

⁴⁷⁶ Ivi, p. 81. Nell'ottica della Carta di Nizza, si potrebbe parlare del "contenuto essenziale" del diritto fondamentale (art. 52.1).

⁴⁷⁷ Cfr. L. DI VIA, *Sindacati*, cit., p. 294.

⁴⁷⁸ Ma più in generale dalla norma inderogabile di diritto del lavoro.

⁴⁷⁹ P. ICHINO, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 642 ss.

continuerebbe a collocare in quella prospettiva di "bilanciamento ineguale a favore delle libertà del mercato comune"⁴⁸⁰, che l'affermazione di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva "preso sul serio" (anche) a livello comunitario induce, invece, a superare in radice.

L'espresso riconoscimento di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva – ma l'osservazione vale, naturalmente, anche per altri diritti sociali che possano trovarsi in analoga situazione di concorso/conflitto con le regole di concorrenza⁴⁸¹ – è, perciò, senza dubbio tale, *ex se*, da immutare il complessivo significato del contesto normativo in cui avviene, nella misura in cui "sono destinati a mutare i termini del suo bilanciamento con altri diritti o interessi costituzionali"⁴⁸².

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza, contiene un tale espresso riconoscimento. L'art. 28 della Carta prescrive, infatti, che "i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitto di interessi, ad azioni collettive a difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero".

Non è questa la sede per proporre un'analisi particolareggiata della disposizione, per soppesarne *minutatim* debolezze e punti di forza rispetto ad altre enunciazioni internazionali o costituzionali in tema di diritti "di negoziazione e di azioni collettive"⁴⁸³. Qui –

⁴⁸⁰ M. CARTABIA, *Principi*, cit., p. 43. Vedi pure M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., p. 526, e B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo*, cit., pp. 817 e 822-823.

⁴⁸¹ Si pensi, in particolare, al diritto di sciopero.

⁴⁸² M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., p. 543.

⁴⁸³ La sua debolezza maggiore potrebbe essere rinvenuta nel rinvio del tutto aperto al diritto comunitario e nazionale. In ciò la norma denoterebbe la totale assenza di volontà di addivenire ad una qualche forma di armonizzazione dei diritti collettivi nazionali, come noto caratterizzati da differenze anche profonde (per tutti, T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, pp. 429 ss., specialmente pp. 440-442), che verrebbero lasciate deliberatamente intatte. D'altra parte il diritto comunitario contiene anche il grave e contraddittorio *deficit* istituzionale della persistente esclusione dalla propria sfera di competenza politico-normativa delle materie della retribuzione, del diritto di associazione e di quelli di sciopero e serrata (per tutti, B. RYAN, *Pay, Trade Union Rights and European Community Law*, in *IJCLIR*, 1997, pp. 305 ss.). Potrebbe, però, osservarsi che il rinvio al diritto comunitario possiede anche il significato virtuoso di rafforzare il complessivo impianto normativo del dialogo sociale e della contrattazione collettiva europea. Nell'art. 28 della Carta potrebbe, anzi, rinvenirsi – specie in vista della auspicata piena incorporazione nei trattati di tale fonte – quella garanzia costituzionale della contrattazione collettiva comunitaria quale "fondamento di originarietà dell'autonomia collettiva" (M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, parte II, in *LD*, 1990, p. 574), che qualificata dottrina ritiene il presupposto indispensabile (assieme all'affrancamento dai limiti di competenza) per uscire dalle strettoie d'una costruzione funzionalistica della contrattazione collettiva come

rinviano a quanto detto in generale nella parte prima di questo studio sul significato e sul valore giuridico della Carta – appare sufficiente e necessario limitarsi a “prendere atto”, innanzi tutto, dell’espressa attribuzione, al livello dell’Unione europea, di un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva.

L’acquisita esistenza del carattere fondamentale di un diritto azionabile alla contrattazione collettiva a livello europeo⁴⁸⁴, è idonea, da sola, per quanto sin qui detto, a spostare e ribilanciare la logica e il metodo del confronto con i (potenzialmente antagonisti) valori costituzionali comuni della concorrenza e dell’unità del mercato interno⁴⁸⁵.

Restituendo all’ordinamento dell’Unione la complessità dei valori fondamentali del moderno costituzionalismo dei diritti, questa, come le analoghe “acquisizioni” compiute dalla Carta di Nizza in materia sociale, appaiono sicuramente capaci di spezzare, sul piano strutturale, quella “regola di supremazia” dei valori del mercato e della concorrenza, sin qui oggettivamente prevalsa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, per imporre una “regola di compatibilità”⁴⁸⁶ rispettosa dell’autonomia dei valori protetti dai diritti sociali fondamentali.

Anche (e forse in particolar modo) attraverso il riconoscimento dei diritti sociali fondamentali di individui e gruppi, il *Gemeinwohl* dell’Unione si arricchisce espressamente in sintonia con l’effettiva espansione della sua dimensione politica e viene a incorporare, nella loro pienezza e autonoma rilevanza, beni, interessi e valori

mera risorsa o tecnica regolativa dell’ordinamento sovranazionale (cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell’ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999, pp. 280 ss.). Il rinvio al diritto nazionale, senza di per sé pregiudicare l’emersione d’uno *standard* europeo di tutela, ha, d’altro lato, l’indubbia virtù democratica di preservare, nel nome della sussidiarietà, le specifiche (e come detto molto diverse) identità costituzionali dei singoli ordinamenti degli Stati membri (su tale aspetto vedi meglio, in generale, al par. seg.). Un punto di forza indiscutibile è dato, inoltre, dall’ampiezza del riconoscimento del diritto alla negoziazione collettiva, che si estende espressamente al momento della conclusione dell’accordo, nonché dalla esplicita affermazione del diritto ad agire al livello che – nella autonoma valutazione delle parti sociali – risulti più appropriato.

⁴⁸⁴ Come ben sottolinea A. J. MENÉNDEZ, *Chartering Europe, Arena Working Papers*, WP n. 13 del 2001, p. 15, una volta esplicitato e positivizzato nella Carta di Nizza, il carattere fondamentale di un diritto diviene evidente e di per sé innegabile da parte della stessa Corte di Giustizia.

⁴⁸⁵ Per analoghe valutazioni, con riguardo anche agli altri diritti di rilievo collettivo e sindacale enunciati dalla Carta di Nizza, anche cfr. M. ROCCELLA, *La Carta*, cit., p. 336.

⁴⁸⁶ Così S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *RGL*, 2000, I, p. 765 ss., qui p. 777, che impiega peraltro le due espressioni citate nel testo in un contesto più ampio.

diversi da quello, a lungo dominante, della costruzione del mercato comune, *riequilibrando*, così, la dinamica del processo integrativo. La Carta di Nizza getta, nello stesso tempo, nuove basi per un più proficuo dialogo costituzionale sui valori fondanti della *polity* europea. Ed anche per tal via – come di seguito meglio vedremo – essa pare in grado di contribuire a superare quello che è stato giustamente ritenuto l'anomalo “*proprium* dell'ordinamento comunitario”⁴⁸⁷ rispetto agli ordinamenti costituzionali nazionali: il fatto, cioè, che la Corte di Giustizia ha sin qui posto “gli scopi economici della Comunità allo stesso (se non ad un più alto) livello di valore rispetto ai diritti fondamentali”⁴⁸⁸. Un “*proprium*” che, negli ultimi anni, è sempre più insistentemente apparso come una potenziale fonte di pericolose “collisioni” tra principi costituzionali comunitari e principi costituzionali nazionali, specialmente (anche se non solamente) in tema di diritti sociali.

17.- L'erompere della problematica dei rischi di “collisione costituzionale”⁴⁸⁹ tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali all'ombra della *querelle* sulla *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale rappresenta un fatto relativamente recente, per quanto ancorato a presupposti teorici di cui non potrebbe sostenersi certo l'assoluta novità⁴⁹⁰.

Il celebre *Maastricht-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco⁴⁹¹ segna il momento simbolicamente e istituzionalmente forse più acuto d'una crisi di legittimità del discorso costituzionale europeo che coincide, all'inizio degli anni Novanta, con la sofferta negoziazione e ratifica del Trattato di Maastricht⁴⁹². Quello che ha potuto essere retrospettivamente considerato come un *modus vivendi* improntato ad una relativamente pacifica accettazione della progressiva affermazione delle dottrine costituzionali fondanti della Comunità europea da parte della Corte di Giustizia⁴⁹³, dopo

⁴⁸⁷ M. CARTABIA, *Principi*, cit., p. 42.

⁴⁸⁸ *Ibidem* (il corsivo è nell'originale). L'autrice si rifà espressionemente, sul punto, alla nota analisi critica di J. COPPEL e A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *CMLR*, 1992, p. 669.

⁴⁸⁹ N. MACCORMICK, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, in *OJLS*, 1998, pp. 517 ss.

⁴⁹⁰ Cfr., per tutti, C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts Between the European Union and the Member States Through Principles of Public International Law*, *EUI Working Papers, Law* n. 98/7.

⁴⁹¹ La sentenza, del 12 ottobre 1993, si legge, in italiano, in *GCost.*, 1994, p. 677.

⁴⁹² Cfr. J. H. H. WEILER, *Epilogue*, cit., pp. 366 ss., ove una suggestivo elenco di “alcuni dei segni del nuovo, più ostile panorama costituzionale” inaugurato dal *post-Maastricht*.

⁴⁹³ Vedi, in tal senso, B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H.

Maastricht ha ceduto il passo ad una "discussione nuova, che tocca i miti fondativi della Comunità/Unione mettendo in questione gli stessi fondamenti del costituzionalismo europeo"⁴⁹⁴.

La coppia sovranità-diritti fondamentali⁴⁹⁵ è alla base della riscoperta e della rivendicazione della *Kompetenz-Kompetenz* da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco come pure – in forma più mediata ma non per questo meno "insidiosa"⁴⁹⁶ – da parte della stessa Corte costituzionale italiana, con la riaffermazione netta, nella giurisprudenza degli anni Novanta, della propria esclusiva competenza a stabilire i "controlimiti" all'integrazione comunitaria⁴⁹⁷.

La preoccupazione per un'adeguata (forte) protezione dei diritti fondamentali anche al livello comunitario – per quanto appaia, soprattutto nel *Maastricht-Urteil*⁴⁹⁸, in qualche modo offuscata da quella di riappare la difesa tardiva e un po' *rétro* di una concezione irrimediabilmente superata della sovranità statale come *suprema potestas* degli "*Herren der Verträge*"⁴⁹⁹ – sembra comunque occupare un posto centrale. La sua genuinità – se non riesce a scongiurare del tutto il rischio di strumentalizzazioni⁵⁰⁰ –

WEILER (a cura di), *The European Court*, cit., pp. 277 ss., specialmente p. 281 ss., il quale ricorda come – visto appunto retrospettivamente – il biennio 1989/1990 abbia segnato il culmine del periodo di (relativa) "coesistenza pacifica" tra Corte di Giustizia e corti supreme e costituzionali nazionali, con la storica accettazione della dottrina della supremazia del diritto comunitario da parte del *Conseil d'État* francese (con la decisione *Nicolo*) e della *House of Lords* britannica (nella sentenza *Factortame*).

⁴⁹⁴ J. H. H. WEILER, *Epilogue*, cit., p. 377.

⁴⁹⁵ G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario*, cit., pp. 149 ss., specialmente p. 186, parla di "sovranità-potere e sovranità valori".

⁴⁹⁶ J. H. H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *QC*, 2000, pp. 5 ss., specialmente p. 12, ove si contrappone icasticamente alla ruvida arroganza mostrata dalla magistratura costituzionale tedesca nella sentenza su Maastricht, l'eleganza dell'atteggiamento "difensivo, ma insidiosamente aggressivo al tempo stesso", della Corte costituzionale italiana.

⁴⁹⁷ Vedi, per tutti, M. CARTABIA, *The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Union*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court*, cit., pp. 133 ss.

⁴⁹⁸ Vedi J. KOKOTT, *Report on Germany*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court*, cit., pp. 77 ss., specialmente p. 107.

⁴⁹⁹ Cfr. soprattutto la dura critica di J. H. H. WEILER, *The State "über alles". Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, *EUI Working Papers*, RSC n. 95/19, e quella, non meno penetrante, di N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *ELJ*, 1995, pp. 259 ss.

⁵⁰⁰ Vedi N. REICH, *Judge-made "Europe à la carte": Some Remarks on Recent Conflicts Between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation*, in *EJIL*, 1996, pp. 103 ss., specialmente p. 110, che intravede la materializzazione del rischio di strumentalizzazione della difesa dei diritti

appare, in ogni caso, innegabile, come dimostra, a tacer d'altro, la sua lunga e, per così dire, non sospetta "consuetudine"⁵⁰¹.

Non è un caso che, soprattutto in Italia (ma, con la diversa sensibilità rispecchiata dalla differente "tradizione costituzionale", in certa misura anche in Germania)⁵⁰², questa preoccupazione abbia consistentemente riguardato i diritti sociali⁵⁰³. Specialmente dopo Maastricht, le preoccupazioni per la complessiva tenuta del forte sistema di diritti sociali protetti dalla Costituzione italiana si sono moltiplicate⁵⁰⁴ in una con le sempre più frequenti prospettazioni di possibili rischi di "collisione costituzionale" in questo cruciale ambito⁵⁰⁵.

Come già ricordato, la Costituzione italiana si caratterizza, infatti, – sul piano comparativo – per un'eccezionale estensione del catalogo dei diritti sociali in essa protetti e positivamente elevati al rango di diritti fondamentali⁵⁰⁶.

fondamentali e della sovranità statale sotto l'ombrello della *Kompetenz-Kompetenz* nella famosa controversia tedesca sulle banane. Potrebbe peraltro dirsi che il rischio di strumentalizzazioni a difesa di corposi interessi economici "corporativi" non è stato, specie in passato, meno evidente in un certo uso dell'art. 177 del TCE.

⁵⁰¹ Essa risale infatti almeno all'inizio degli anni Settanta (basti ricordare la *Solange I* della Corte di Karlsruhe). Costituisce peraltro *conventional wisdom* che la stessa costruzione della protezione dei diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario da parte della Corte di Giustizia sia, in buona misura, una accorta risposta dei giudici di Lussemburgo alle "pressioni" in tal senso esercitate soprattutto dalle corti costituzionali tedesca e italiana (vedi, per tutti, G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *CMLR*, 1989, pp. 595 ss.).

⁵⁰² Vedi, ad esempio, W. DÄUBLER, *Instruments of Community Labour Law*, in P. DAVIES *et al.* (a cura di), *European Community Labour Law*, cit., pp. 151 ss., specialmente pp. 157 e 167. Anche P. HÄBERLE, *Per una dottrina*, cit., pp. 26-27, sottolinea come la carenza di protezione dei diritti sociali a livello dell'Unione a fronte della forte garanzia di quelli economici possa rappresentare una minaccia per lo "Stato sociale di diritto", la cui primaria finalità costituzionale è proprio la realizzazione della "justitia distributiva".

⁵⁰³ L'osservazione può comunque essere estesa ad altri contesti costituzionali nazionali. Per la Spagna, vedi, ad esempio, M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La necesidad*, cit., e G. MAESTRO BUELGA, *Constitución económica*, cit.

⁵⁰⁴ Cfr. soprattutto M. LUCIANI, *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *PD*, 1992, pp. 557 ss., specialmente pp. 578-581; M. CARTABIA, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 144.

⁵⁰⁵ Vedi, tra gli altri, M. V. BALLESTRERO, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che...*, in *LD*, p. 485 (con riguardo al tema dell'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne); M. PALLINI, *Il rapporto*, cit., p. 232 (con riferimento alla protezione dell'autonomia collettiva ex art. 39 Cost.); nonché, anche per più ampie indicazioni, S. GIUBBONI, *I monopoli*, cit., p. 105 (in relazione all'art. 38 della Costituzione italiana).

⁵⁰⁶ Vedi per tutti, da ultimo, M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 548, secondo cui la Costituzione italiana rappresenterebbe, in materia di diritti sociali, addirittura "un *unicum* nel panorama europeo".

La "norma-guida dettata dal secondo comma dell'art. 3 Cost., vero e proprio *token* caratterizzante"⁵⁰⁷ della Carta costituzionale italiana, proietta la sua luce sull'intero plesso delle connessioni organiche tra i valori e i diritti protetti dalla stessa, per orientare l'interprete a quell'"ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle (connesse ma come detto talora confliggenti) dello sviluppo sociale"⁵⁰⁸, che pare in qualche modo speculare a quello assunto sinora dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il forte dislivello negativo di protezione dei diritti sociali da parte dell'ordinamento comunitario – seppure forse non in termini così netti come quelli che connotano il "caso italiano" – riguarda, nondimeno, anche altre esperienze costituzionali nazionali⁵⁰⁹: i rischi latenti di "conflitto" in questo campo appaiono, in realtà, piuttosto diffusi⁵¹⁰.

Lo spettro della "collisione" e più in generale della "crisi di legittimità" costituzionale – con i pericolosi effetti disintegrativi che una sua effettiva "esplosione" potrebbe trascinare con sé –, ha spinto la migliore dottrina comunitaria ad avviare un intenso e appassionato processo di ridiscussione dei fondamenti stessi del costituzionalismo europeo⁵¹¹.

Questa non è, ovviamente, la sede per entrare nel merito di un dibattito la cui ampiezza e complessità eccede di gran lunga lo specifico tema di queste pagine e, prima ancora, le competenze di chi scrive.

Sarà qui sufficiente osservare come, al di là della diversità degli approcci teorici seguiti, il comune denominatore delle indicazioni fornite con lo scopo di scongiurare l'*impasse* e la *pratica* "intrattabilità" di un'eventuale "esplosione" del conflitto di principio che si cela dietro la *querelle* sulla *Kompetenz-Kompetenz*⁵¹², consista nel pragmatico suggerimento del *dialogo* e

⁵⁰⁷ M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *DPubl.*, V, Torino, 1990, pp. 373 ss., qui p. 378.

⁵⁰⁸ *Ibidem* (corsivo dell'autore).

⁵⁰⁹ Vedi ad esempio quanto osserva C. KILPATRICK, *Gender Equality: A Fundamental Dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law*, cit., pp. 31 ss., qui p. 105, a proposito del possibile "conflitto tra garanzie costituzionali nazionali e diritto comunitario" in tema di parità di trattamento uomo-donna in Spagna.

⁵¹⁰ Cfr. anche B. DE WITTE, *Community Law and National Constitutional Values*, in *LIEI*, 1991, n. 2, p. 1.

⁵¹¹ Tra i contributi più ragguardevoli spiccano senza dubbio quelli di N. MACCORMICK (*Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999), J. H. H. WEILER (*The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999), e T. C. HARTLEY (*Constitutional Problems of the European Union*, Oxford-Portland, 1999).

⁵¹² A. STONE SWEET, *Constitutional Dialogues in the European Community*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court*, cit., pp. 305 ss., specialmente p. 319, nota come – portati alle

della *cooperazione*, in una prospettiva aperta e pluralistica, tra tutti gli attori costituzionali coinvolti⁵¹³.

La via del "dialogo costituzionale" sui valori fondanti della *polity* comunitaria viene sempre più insistentemente invocata allo scopo di scongiurare, nel rispetto reciproco, rischi di conflitto pregiudizievoli per l'intero sistema, in quanto capaci di incrinare l'equilibrio dinamico e aperto che caratterizza il "*multilevel constitutionalism*" europeo⁵¹⁴.

In questa prospettiva, Corte di Giustizia e corti costituzionali e/o supreme nazionali dovrebbero parlarsi e ascoltarsi di più, riconoscendosi piena parità di "diritti conversazionali"⁵¹⁵, in un dialogo capace di approfondire l'integrazione europea nella dimensione dei valori e nel rispetto – in un quadro che deve comunque restare *comune* – delle diverse sensibilità costituzionali nazionali.

loro coerenti conseguenti logiche i presupposti da cui muovono la Corte di Giustizia e, ad es., il *Bundesverfassungsgericht* o la Corte costituzionale italiana – i conseguenti, ipotetici conflitti costituzionali di competenza sono, di fatto, "irrisolvibili". La prima corte pretende infatti per sé la "*ultimate authority*", sulla base di un approccio "monista" che non ammette vie d'uscita, in caso di contrasto, in nome della unità del sistema comunitario e della supremazia assoluta del diritto sovranazionale (vedi criticamente C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon*, cit., p. 17); le seconde sviluppano un approccio dualista (temperato), che, retto sulle "clausole di integrazione" contenute nelle costituzioni nazionali di cui sono supreme guardiane, impone loro di autoassegnarsi la competenza di decidere nei casi (limite) nei quali vengono messe in questione le condizioni fondamentali dell'autorizzazione costituzionale alla partecipazione dello Stato alla Comunità. Uscendo dalle inconciliabili prospettive "interne" della corte comunitaria e di quelle nazionali, è possibile peraltro ridurre i conflitti che ne derivano a "conflitti di obbligazione" e non di "validità" (ivi, p. 15). Nella prospettiva del "*pluralism under international law*" esplorata da N. MACCORMICK (*Questioning Sovereignty*, cit., p. 117 ss., specialmente p. 121), i conflitti tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali – tra loro autonomi ma al contempo agerarchicamente interrelati sul piano "terzo" dell'ordinamento internazionale – non avvengono nel vuoto giuridico, ma possono, in linea teorica, sempre trovare una cura di tipo, appunto, giuridico, e non semplicemente politico, nel ricorso all'arbitrato o al giudizio internazionale. Su questa stessa linea teorica si colloca, in buona sostanza, l'articolata proposta di C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon*, cit., specialmente p. 39 ss., volta per la precisione ad adattare al contesto comunitario le tecniche di soluzione arbitrale dei conflitti offerte dal diritto pubblico internazionale.

⁵¹³ Una più radicale proposta, fondata su una profonda revisione dell'attuale impianto istituzionale comunitario, proviene autorevolmente da J. H. H. WEILER (di cui vedi, da ultimo, *L'Unione*, cit., p. 14), il quale indica nella creazione di un Consiglio costituzionale europeo alla francese – presieduto dal presidente della Corte di Giustizia, pariteticamente composto dai rappresentanti di ciascuna corte costituzionale o suprema nazionale e deputato a decidere, in via preliminare, su tutte le questioni di competenza – la soluzione più stabile (e adeguata alla realtà costituzionale europea) dei rischi di conflitto.

⁵¹⁴ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – Making Revisited?*, in *CMLR*, 1999, pp. 704 ss.

⁵¹⁵ A. LO FARO, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 622.

La competenza che la Corte costituzionale italiana si riconosce in materia di "controlimiti" potrebbe, ad esempio, in tal senso diventare "la sede in cui si esprime la voce dell'ordinamento costituzionale"⁵¹⁶ nazionale nel processo di integrazione comunitaria e costituire il punto di partenza di una positiva strategia di cooperazione con la Corte di Giustizia. Nel segnalare quali sono i valori propri dell'ordinamento costituzionale italiano, la Corte costituzionale può infatti "partecipare attivamente all'elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni, dalle quali a sua volta la Corte di Giustizia trae i principi fondamentali europei, contribuendo così al processo della integrazione materiale sui valori indispensabile per la Comunità"⁵¹⁷.

In tale ottica, il rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale potrebbe diventare un prezioso strumento di *dialogo diretto* con la Corte di Giustizia, del quale il giudice nazionale delle leggi potrebbe servirsi – superando diffidenze e ostacoli legati allo scontro di principio sulla *Kompetenz-Kompetenz* – per esprimere con autorevolezza la "voice" dell'ordinamento costituzionale italiano su "questioni comunitarie" che mettano in gioco i principi fondamentali dello stesso, escludendo, al contempo, distruttive strategie di "exit"⁵¹⁸.

In particolare, come suggerito da Marta Cartabia⁵¹⁹, la Corte costituzionale potrebbe, nella richiesta di rinvio, prospettare direttamente alla Corte di Giustizia quale interpretazione della norma comunitaria (nella specie, sulla concorrenza) potrebbe ritenersi conforme ai principi (sociali) inviolabili dell'ordinamento costituzionale nazionale, e in tal senso rivolgere in ipotesi un monito ai giudici di Lussemburgo in ordine alla inaccettabilità di eventuali interpretazioni difformi, suscettibili di dar luogo ad una questione di legittimità costituzionale della norma "comunitaria"⁵²⁰ per violazione dei controlimiti.

⁵¹⁶ M. CARTABIA, *Principi*, cit., p. 243.

⁵¹⁷ Ivi, p. 245.

⁵¹⁸ Per usare la nota terminologia di A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to the Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge Ma., 1970.

⁵¹⁹ Sempre in *Principi inviolabili*, cit., p. 248 ss. Per analoghi suggerimenti, con riguardo anche ad altre esperienze nazionali, J. WOUTERS, *National Constitutions and the European Union*, in *LIEcl*, 2000, n. 1, pp. 25 ss., specialmente pp. 83 e 90.

⁵²⁰ La norma comunitaria non potrebbe, come ovvio, venire direttamente in rilievo, il sindacato di costituzionalità svolgendosi, tecnicamente, sulla legge nazionale di esecuzione del trattato, nella parte in cui, immettendo la norma comunitaria sostanzialmente in conflitto coi diritti inalienabili della persona umana o i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, violi, appunto, i "controlimiti" all'integrazione sovranazionale. Vedi ad es. Corte costituzionale, 21 aprile 1989, n. 232, in *GCost.*, 1989, p. 1001, con nota di M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi delle "competenze comunitarie" della Corte*

Una strategia di “gestione cooperativa”⁵²¹ dei possibili conflitti è stata analogamente elaborata con riguardo all’esperienza tedesca⁵²². La concreta adesione al principio di “cooperazione” e di “coordinamento” tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale federale⁵²³ – pur senza eliminare del tutto la possibilità di una collisione – avrebbe tuttavia l’effetto pratico di depotenziare la questione della *Kompetenz-Kompetenz*, favorendo, ad esempio, l’accordo sostanziale tra le corti sullo *standard* di tutela del diritto e del valore fondamentale in discussione⁵²⁴.

Le virtù del dialogo indiretto tra la Corte di Lussemburgo e le magistrature costituzionali nazionali sono in genere sottolineate da quanti radicano nel dovere generale di collaborazione reciproca ex art. 5 (oggi 10) del TCE un preciso vincolo delle stesse a tenere sistematicamente conto delle rispettive giurisprudenze tutte le volte in cui vengano in rilievo questioni che incrocino, con rischi di divergenze sostanziali, i *constitutional essentials* degli ordinamenti coinvolti⁵²⁵. Il dovere di solidarietà e di cooperazione ex art. 5 del TCE è concepito così come lo strumento per tenere in dovuta considerazione le diverse identità e sensibilità costituzionali nazionali, mettendole allo stesso tempo in circolo nel sistema comunitario.

In tal senso, la Corte di Giustizia non dovrebbe mai raggiungere le proprie conclusioni senza tenere in debito riguardo “il loro

costituzionale, e, in dottrina, tra i tanti, F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, pp. 10 ss.

⁵²¹ E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *DUE*, 2000, pp. 241 ss., qui p. 261.

⁵²² Cfr. C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon*, cit., pp. 22-23.

⁵²³ Su questa linea si è significativamente posto, più di recente, il giudice del Tribunale costituzionale federale che più ha influito, essendone il relatore, sulla sentenza Maastricht; vedi J. KIRCHHOF, *Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*, in *J*, 1998, p. 965. E vedi pure M. KUMM, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *CMLR*, 1999, p. 351.

⁵²⁴ Una flebile e molto indiretta conferma potrebbe essere rinvenuta negli ultimi sviluppi della “banana litigation”. Nel dichiarare l’inammissibilità della questione sottopostagli (vedi l’ordinanza del 7 giugno 2000, in *HRLJ*, 2000, vol. 21, p. 251), il Tribunale costituzionale tedesco ha potuto, infatti, “contare” su di un almeno parziale recepimento delle indicazioni di sostanza dallo stesso date sul livello di tutela del diritto fondamentale controverso (il diritto di proprietà degli importatori tedeschi di banane) da parte della Corte di Giustizia. Si vedano, ad ogni modo, le valutazioni critiche di C. U. SCHMID, *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's “Banana Decision”*, in *ELJ*, 2001, p. 95.

⁵²⁵ Cfr. ancora C. U. SCHMID, *From Pont d'Avignon*, cit., pp. 20 ss., specialmente p. 24, ove – in nome della necessità del rispetto dovuto alle identità costituzionali nazionali nella costruzione comunitaria – si considera in particolare “essenziale che la Corte di Giustizia tenga direttamente conto della giurisprudenza nazionale, e la integri nelle sue decisioni” in materia di diritti fondamentali.

potenziale impatto sulle costituzioni nazionali⁵²⁶, e dal canto loro le corti costituzionali degli Stati membri non dovrebbero in nessun caso perdere di vista di essere pienamente parti di una *polity* più ampia di quella nazionale⁵²⁷.

La Carta di Nizza, mentre rende esplicita e trasparente, attraverso la fissazione di un catalogo di diritti fondamentali per la prima volta specificamente comunitario, il *minimum* di omogeneità costituzionale che accomuna in materia gli Stati membri⁵²⁸, agevola, oggi, il confronto tra le tradizioni costituzionali nazionali nella ricerca dello *standard* di tutela più adeguato e soddisfacente.

La fissazione di un catalogo comunitario di diritti fondamentali ispirato al principio della unicità e indivisibilità degli stessi, e che per la prima volta espressamente ingloba su di un piano di parità i diritti sociali, contribuisce, come già rilevato, a colmare quel *deficit* di tutela sovranazionale dei valori sociali in cui si sono ravvisati alcuni dei rischi più rilevanti per la legittimità materiale del processo di integrazione, oltre che – più specificamente – di “collisione costituzionale”⁵²⁹.

La Carta di Nizza non intende, in ogni caso, sostituirsi alle altre forme di protezione dei diritti fondamentali presenti nello spazio costituzionale europeo. Dotando l'Unione di un proprio catalogo, essa intende rappresentare “un valore aggiunto alla protezione dei diritti fondamentali in Europa, senza pregiudicare le forme di tutela esistenti ai vari livelli”⁵³⁰, ad un tempo colmando le oggettive lacune del sistema comunitario. Come è stato rilevato, la Carta dell'Unione entra così “nella *multilevel protection of fundamental rights* [...] come uno dei numerosi pianeti della complessa galassia dei diritti fondamentali europei”⁵³¹.

Il suo art. 53 pare comunque efficacemente congegnato onde poter offrire una risposta appagante a quanti giustamente rilevano come l'introduzione di un catalogo comunitario sia di per sé inidonea a eliminare il problema della divergenza, e quindi del potenziale conflitto, tra gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali nel

⁵²⁶ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., p. 120.

⁵²⁷ Cfr. anche P. HÄBERLE, *Per una dottrina*, cit., p. 15, ove si sostiene l'urgenza “di una teoria dei diritti fondamentali a livello comunitario” che sia sufficientemente “elastica nel cogliere le differenze tra le dogmatiche nazionali”, e si ricorda che “la società aperta degli interpreti costituzionali europei” è necessariamente “plurinazionale”.

⁵²⁸ Vedi, per qualche spunto in tal senso, I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 726.

⁵²⁹ Cfr. B. DE WITTE, *Community Law*, cit., p. 19.

⁵³⁰ M. CARTABIA, *Commento all'articolo 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 360.

⁵³¹ Ivi, p. 363.

composito e pluralistico spazio europeo⁵³². L'art. 53 della Carta ha infatti la specifica funzione di disinnescare potenziali conflitti derivanti dalla disarmonica sovrapposizione di *standard* di tutela differenti. In evenienze del genere, esso impone di interpretare i diritti protetti dalla Carta dell'Unione in un senso che non pregiudichi o riduca la protezione risultante dall'ordinamento internazionale o dalle costituzioni nazionali. Stabilendo che alle disposizioni della Carta non può essere ascrivito un significato limitativo o lesivo dei diritti e delle libertà quali riconosciuti – oltre che dal diritto e dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti⁵³³ – anche dalle costituzioni nazionali, la norma sembra positivizzare espressamente il criterio della prevalenza dello *standard* più elevato di tutela, rispettando, così, ove maggiormente “garantista” rispetto al valore protetto, la specificità delle soluzioni elaborate a tale livello⁵³⁴.

Si tratta di un criterio sensibilmente diverso da quello al quale – senza peraltro mai esplicitare in maniera compiuta la propria scelta – la Corte di Giustizia si è in passato per lo più attenuta nell'estrarre dalle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” l'*an* e il *quantum* della tutela comunitaria dei diritti fondamentali. Nell'applicare il principio pretorio poi codificato dall'attuale art. 6.2 del TUE, la Corte, infatti, aveva sinora concretamente (e prevalentemente) adottato il criterio del minimo comune denominatore sia ai fini dell'accertamento dell'esistenza del diritto sia ai fini della determinazione del relativo *standard* e *quantum* di tutela⁵³⁵.

La soluzione appariva insoddisfacente per due ragioni. Da un lato, essa portava al tendenziale sacrificio o soccombenza dei valori e/o diritti fondamentali “unici”⁵³⁶, *i. e.* “solitariamente” e

⁵³² Vedi L. F. M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *CMLR*, 1998, pp. 629 ss., specialmente p. 630.

⁵³³ E tra queste, in particolare, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950.

⁵³⁴ Cfr., in tal senso, L. F. M. BESSELINK, *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *MJ*, 2001, pp. 68 ss., specialmente p. 80.

⁵³⁵ Vedi ad es. B. DE WITTE, *Community*, cit., p. 11, che ricorda come questa sia la classica soluzione elaborata in *Hoechst* (cause riunite 46/87 e 227/88, in *Racc.*, 1989, p. 2859, specialmente ai punti 17-18) e poi successivamente per lo più utilizzata dalla Corte. Più di recente si veda anche M. FRAGOLA, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *RDE*, 1999, n. 2, pp. 3 ss., specialmente p. 33, ove una critica all'oscillazione “opportunistica” delle scelte della Corte in tale delicatissima materia.

⁵³⁶ Vedi L. F. M. BESSELINK, *Entrapped*, cit., p. 636, il quale – applicando il ragionamento che la Corte di Giustizia ha come detto meglio esplicitato in *Hoechst* – rileva giustamente che “a un diritto fondamentale rinvenuto in un

“idiosincraticamente” riconosciuti e protetti soltanto dalla costituzione di uno Stato membro (o anche da una minoranza di paesi)⁵³⁷. Dall’altro lato, essa conduceva al tendenziale appiattimento sullo *standard* minimo comune del livello di protezione accordato al diritto, smussando le punte più alte di tutela. Essa tendeva, così, a generalizzare all’intero sistema comunitario lo *standard minimo comune* rinvenibile comparando le (principali) soluzioni offerte dalle costituzioni degli Stati membri⁵³⁸.

Nel recepire con l’art. 53 quello che è stato efficacemente definito un “criterio di sussidiarietà costituzionale al rialzo”⁵³⁹, la Carta di Nizza sembra per contro optare per la soluzione – più rispettosa delle identità costituzionali nazionali – della salvaguardia, in ogni caso, del “*local maximum standard*”⁵⁴⁰.

Nel caso in cui, alla luce delle disposizioni della stessa Carta e in genere del diritto comunitario, la protezione accordata ad un diritto fondamentale (ad esempio, per quanto qui più rileva, a un diritto *sociale* fondamentale quale quello alla contrattazione collettiva ovvero di sciopero), dovesse risultare inferiore a quella desumibile dalla costituzione dello Stato membro interessato, a prevalere – nel caso controverso – dovrebbe essere senz’altro quest’ultima, indipendentemente dal grado di comunanza da essa condiviso o meno con le altre tradizioni costituzionali nazionali⁵⁴¹. Il livello di protezione accordato dall’ordinamento comunitario dovrebbe, per contro, avere una sicura (e generalizzata) prevalenza solo nel caso e nella misura in cui garantisca uno standard di tutela più elevato di quello nazionale (o internazionale)⁵⁴².

ordinamento nazionale, che diverga significativamente per natura e grado di protezione dal diritto offerto dagli altri sistemi, non può esser riconosciuto la qualità di far parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”.

⁵³⁷ B. DE WITTE, *Community*, cit., p. 7, ricorda che “le costituzioni non sono mere copie di un ideale universalistico, ma riflettono anche le scelte e le preferenze idiosincratiche dei costituenti e anche in ciò si pongono come la massima espressione normativa del sistema di valori di un paese”.

⁵³⁸ Una soluzione opposta a quella auspicata da L. F. M. BESSELINK, *Entrapped*, cit., pp. 670 ss., nel senso dell’“*universalized maximum standard*”.

⁵³⁹ M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 568.

⁵⁴⁰ Vedi L. F. M. BESSELINK, *Entrapped*, cit., pp. 674 ss.

⁵⁴¹ Vedi, per qualche spunto in tal senso già sulla base degli artt. 5 (oggi 10) del TCE e F (ora 6.3) del TUE, B. DE WITTE, *Community*, cit., pp. 21-22.

⁵⁴² Il criterio della sussidiarietà costituzionale al rialzo, adottato dalla Carta di Nizza in tema di protezione dei diritti fondamentali, pare rendere in prospettiva inevitabile una rivisitazione del principio della supremazia del diritto comunitario su quello nazionale, inteso come principio gerarchico che impone di assicurare in ogni caso la prevalenza della fonte sovranazionale su quella in contrasto dello Stato membro (vedi L. F. M. BESSELINK, *Entrapped*, cit., specialmente pp. 657, 664 e 678). In nome del *favor* per la massima tutela possibile dei diritti fondamentali, l’art. 53 della Carta autorizza, infatti, una attenuazione o, se si vuole, una deroga parziale del principio, tutte le volte che il diritto costituzionale

Mentre promuove definitivamente i diritti sociali al rango di diritti fondamentali dello stesso ordinamento comunitario, la Carta di Nizza, agevola, perciò, nello stesso tempo, la ricerca cooperativa di un accordo sullo *standard* sostanziale di tutela⁵⁴³, orientandola verso il traguardo della massima protezione di volta in volta disponibile nel caso concreto⁵⁴⁴. La Carta rafforza così le possibilità di dialogo tra le corti e le opportunità di processi comunicativi orientati al rafforzamento dei diritti fondamentali di individui e gruppi.

Riconciliando pienamente i valori sociali col linguaggio proprio dei diritti fondamentali anche al livello sovranazionale⁵⁴⁵, la Carta pone così solide basi affinché il pluralismo delle fonti – che è e resterà proprio del costituzionalismo a molti livelli tipico dell'Unione europea – rafforzi, in realtà, le *chances* di affermazione e di realizzazione dei diritti sociali⁵⁴⁶ e consenta, come è stato detto, il germogliare di nuove modalità di emancipazione sociale degli individui⁵⁴⁷. Di certo, essa favorisce lo

nazionale offra, in *subiecta materia*, uno *standard* protettivo (difforme ma) più elevato di quello comunitario. Secondo altra prospettazione, il diritto nazionale maggiormente protettivo non sarebbe, in realtà, difforme, in un caso del genere, da quello comunitario, in quanto è quest'ultimo a prescrivere espressamente al giudice di dare prevalenza allo *standard* nazionale più alto, "comunitarizzandolo" in anticipo. All'interno d'un ragionamento del genere – riecheggiato, secondo L. F. M. BESSELINK (*CMLR*, 2000, pp. 437 ss., specialmente pp. 449-451), dall'Avvocato generale Cosmas nei recenti casi *Schröder* (causa C-50/96) e *Sievers e Schrage* (cause riunite C-270/97 e C-271/97) – il principio di supremazia risulterebbe (almeno formalmente) intatto.

⁵⁴³ In tal senso, la Carta di Nizza rende meno improbabile e incerta la realizzazione della prospettiva "ottimistica" che M. KUMM, *Who Is the Final Arbiter*, cit., efficacemente definisce come "*Pangloss scenario*", contrapponendola a quella distruttiva che chiama "*Cassandra scenario*" (la dissoluzione dello spazio costituzionale comune sotto i continui attacchi della corti costituzionali nazionali nel nome della difesa dei limiti invalicabili all'integrazione). Il "controlimite" costituito dal pieno rispetto dovuto ai diritti fondamentali della persona può, infatti, con essa più facilmente costituire piuttosto il presupposto e lo stimolo per la formazione di una cultura costituzionale comune, ad un tempo rispettosa delle diverse sensibilità e delle effettive differenze nazionali.

⁵⁴⁴ Cfr., S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 57 ss., sul punto p. 85, secondo cui "il sistema si struttura secondo il criterio della massima protezione possibile, dal momento che i soggetti godono sia delle maggiori garanzie previste dalle altre fonti richiamate dall'art. 53, sia di quelle introdotte dalla Carta". Analogamente A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, ivi, pp. 43 e 45.

⁵⁴⁵ Vedi G. DE BÜRCA, *The Language of Rights and European Integration*, in J. SHAW, G. MORE (a cura di), *New Legal Dynamics of the European Union*, cit., pp. 29 ss.

⁵⁴⁶ Cfr. A. J. MENÉNDEZ, *Chartering*, cit., pp. 11-12.

⁵⁴⁷ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, n. 2, pp. 391 ss., specialmente p. 399 ss.

sviluppo di nuovi e più efficaci antidoti contro un'infiltrazione del diritto comune della concorrenza e del mercato che si dimostri eccessivamente invadente nei confronti delle tradizioni costituzionali in cui affondano le loro radici i diritti del lavoro nazionali.

18.- L'ultimo profilo di riflessione – evidentemente connesso al precedente e anch'esso centrale nell'ambito della più generale problematica del riequilibrio tra integrazione negativa e positiva⁵⁴⁸ – attiene, come anticipato, alla questione della più puntuale delimitazione della sfera di competenza già garantita e riservata dal Trattato istitutivo agli Stati membri in materia di politica (e diritto) del lavoro e, soprattutto, di protezione sociale.

È l'intero fenomeno dell'infiltrazione del diritto della concorrenza a porre continuamente una evidente questione di competenza in tal senso⁵⁴⁹. In tutti i casi in cui si manifesta può ripetersi quanto è stato, ad esempio, esattamente detto per *Job Centre*: la questione di fondo è verificare se il legislatore nazionale – in assenza di misure comunitarie volte alla integrazione positiva – goda tuttora di un'essenziale sfera di autonomia e di libertà nell'organizzazione del proprio sistema di *Welfare* oppure se le scelte relative allo stesso *quomodo* del sistema di protezione sociale globalmente inteso debbano ormai comunque considerarsi determinate dai "vincoli discendenti dalla partecipazione al processo di integrazione europea"⁵⁵⁰ nella *specifica* forma dei "*markets compatibility requirements*"⁵⁵¹ imposti dal diritto sovranazionale della concorrenza e del mercato.

La questione si pone in maniera particolarmente stringente per quelle sfere della politica sociale che – pur ricadendo in linea di principio nell'area della competenza concorrente della Comunità ex artt. 136 e 137 del TCE – sono tuttavia più gelosamente protette dagli Stati membri, e infatti tuttora riservate alla decisione all'unanimità in seno al Consiglio ed anche per questo solo marginalmente toccate da misure normative comunitarie di carattere vincolante⁵⁵². Tra queste materie, quella della sicurezza e

⁵⁴⁸ Vedi ancora F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., pp. 155 ss.

⁵⁴⁹ Vedi, per tutti, A. LYON-CAEN, *Droit social*, cit., p. 335.

⁵⁵⁰ M. ROCCELLA, *Il caso Job Centre II*, cit., p. 37; dello stesso autore, si veda anche *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *DLRI*, 1999, pp. 33 ss., specialmente pp. 60 ss.

⁵⁵¹ S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe*, in ID. (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D. C., 1995, p. 45.

⁵⁵² Vedi l'art. 137.3 del TCE. Il discorso, naturalmente, vale – *a fortiori* – per le materie addirittura escluse, ex art. 136.6, dalla competenza legislativa della Comunità (vedi I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 743). Sulla portata delle

della protezione sociale – assolutamente prioritaria nell'effettiva strutturazione dei *Welfare State* nazionali – occupa un posto ovviamente centrale.

In astratto, la risposta della Corte di Giustizia dovrebbe invero risultare, quantomeno per tali *core issue* della sovranità sociale degli Stati membri, sufficientemente chiara. Ancora in *Poucet e Pistre* – riprendendo quanto già affermato in *Duphar* – essa ha perentoriamente ribadito che “il diritto comunitario non scalfisce la competenza degli Stati membri a organizzare i loro sistemi previdenziali”⁵⁵³.

In effetti, il diritto comunitario non impone – salvo che per aspetti molto marginali e fermo, naturalmente, il rispetto del fondamentale principio generale di non discriminazione tra i cittadini (lavoratori) nazionali e quelli degli altri Stati membri⁵⁵⁴ – alcun vincolo diretto e positivo in ordine ai contenuti e al *quomodo* dei sistemi di protezione sociale nazionali. La Comunità è intervenuta in materia solo al fine di assicurare – nel quadro della garanzia della libertà di circolazione della manodopera – il coordinamento dei regimi previdenziali nazionali (art. 51, oggi 42, del TCE e regolamento n. 1408/71). L'ipotesi dell'armonizzazione degli stessi – dibattuta alle origini e in certa misura adombrata dallo stesso rapporto Spaak – fu sostanzialmente esclusa dal Trattato di Roma e tale rimane, rigorosamente, ancora oggi, nonostante che l'art. 137.3 del TCE offra ora, in teoria, una base giuridica autonoma, sicuramente più ampia che in passato, per interventi normativi sovranazionali anche di carattere vincolante⁵⁵⁵.

Oggi, in questo come d'altra parte in altri settori della politica sociale⁵⁵⁶, l'azione della Comunità si orienta, piuttosto, nella

disposizioni in parola vedi, per tutte, l'ampia trattazione offerta in argomento da P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, 1998, pp. 13 ss.

⁵⁵³ Punto 6 della sentenza, già richiamata *retro*, a nota 126.

⁵⁵⁴ I vincoli positivi posti dal principio di non discriminazione tra lavoratori e lavoratrici hanno invece, in materia di sicurezza e protezione sociale, una portata circoscritta e sicuramente più *flou* (vedi per tutti C. MCCRUDDEN [a cura di], *Equal Treatment Between Women and Men in Social Security*, London, 1994). È ben nota, ad esempio, la più facile propensione dimostrata dalla Corte in tale ambito a riconoscere, nel doveroso rispetto dei legittimi obiettivi di politica sociale discrezionalmente scelti e perseguiti dagli Stati membri, una giustificazione pressoché inattaccabile alle frequentissime ipotesi di discriminazione indiretta delle donne riscontrabili nelle legislazioni e nelle prassi amministrative e contrattuali nazionali.

⁵⁵⁵ Vedi la parte prima di questo studio nonché S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria*, cit., pp. 110 ss.

⁵⁵⁶ T. HERVEY, *Sex Equality and Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence*, in *ELJ*, 1998, pp. 196 ss., specialmente p. 218, nota come la nuova tendenza regolativa in materia di politica sociale fondata sulla espansione (e la progressiva generalizzazione) della tecnica del *mainstreaming* presente ad esempio nelle linee-guida del Consiglio sull'occupazione, è probabilmente destinata a interessare sempre di più anche i

direzione del coordinamento “leggero” (ma non perciò debole) delle *diverse* politiche nazionali, in funzione di stimolo attivo alla “modernizzazione concertata”⁵⁵⁷ dei sistemi di protezione sociale degli Stati membri. L’attenzione è sistematicamente posta sulla piena autonomia delle scelte che i singoli paesi – pur in un quadro di (molto generali) riferimenti di principio – sono volontariamente chiamati a effettuare in tale direzione e sulla necessaria differenziazione, lungo i diversi crinali politico-istituzionali delle famiglie nazionali di *Welfare State*, dei percorsi di riforma⁵⁵⁸.

Il problema posto dalla infiltrazione del diritto comune della concorrenza è che, a fronte d’un quadro così “positivamente” attento al rispetto delle prerogative degli Stati membri nell’organizzazione dei loro sistemi di protezione sociale, i vincoli più forti e cogenti derivano, in forma di mera integrazione negativa, appunto attraverso lo *spill over* del diritto sovranazionale del mercato in sfere sempre più ampie e “sensibili” di regolazione sociale. Uno *spill over* che transita lontano dal processo politico – comunitario e/o nazionale – nella quiete rarefatta delle aule lussemburghesi della Corte di Giustizia, e per lo più sospinto da assai ristrette e molto motivate “comunità di interessi”, particolarmente attive nell’agone giudiziario e molto sollecite nello sfruttare gli spazi aperti dal canale di dialogo giudiziale dell’art. 177 del TCE.

La schizofrenia apparente della situazione è palpabile nel diverso linguaggio impiegato dalle differenti istanze istituzionali comunitarie coinvolte nei due ambiti. Se negli atti e documenti di varia natura e indole che costituiscono, in senso assai lato, il precipitato del processo politico comunitario l’accento è, come detto, sempre più posto sulla pressoché piena autonomia degli Stati membri, in *Albany*, ad esempio, la Corte di Giustizia, con un mutamento di registro linguistico per nulla casuale o ininfluenza rispetto a *Duphar*, avverte, a mala pena e *en passant*, l’esistenza di un residuo “margine di discrezionalità” degli stessi ai fini della determinazione dell’“assetto dei loro sistemi previdenziali”⁵⁵⁹.

Si tratta di un mutamento di “tono linguistico” – all’apparenza piccolo e forse trascurabile – che riflette, in realtà, una situazione

settori più fortemente disciplinati a livello comunitario. Ciò avverrà, secondo l’autrice, anche nella materia della uguaglianza di trattamento tra uomini e donne in tema di protezione (*rectius*: sicurezza/previdenza) sociale, materia come noto tradizionalmente regolamentata mediante direttiva.

⁵⁵⁷ Come si esprime Commissione CE, *Una strategia concertata per modernizzare la protezione sociale*, COM (99) 347 def.

⁵⁵⁸ Cfr. ad es. M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *The Future of Social Europe. Recasting Work and Welfare in the New Economy*, Lisbona, 2000.

⁵⁵⁹ Punto 122 della sentenza.

molto diversa da quella ancora riscontrabile nel 1984 in *Duphar*⁵⁶⁰. Riflette, infatti, una situazione in cui gli Stati membri vedono drasticamente ridotta la loro libertà di manovra in tema di organizzazione dei rispettivi sistemi previdenziali, potenzialmente perfino nel cruciale comparto della scelta (che nel 1984 poteva davvero ancora apparire non “scalfita”, e soprattutto “non scalfibile”, dal diritto comunitario della concorrenza) relativa ai meccanismi di finanziamento ritenuti per questi più acconci.

Oggi, l'eventuale scelta per il metodo della capitalizzazione – sempre più spesso indicata (e in parte anche praticata) come una via quasi obbligata per uscire dalla crisi dei sistemi pubblici a ripartizione⁵⁶¹ – determina, infatti, direttamente il transito nell'area in linea di principio governata dal diritto comunitario della concorrenza. Con effetti oggettivamente imprevedibili – almeno in generale – per gli assetti organizzativi sostanziali dei sistemi nazionali di *Welfare State*, in cui il pilastro a ripartizione, sia pure in forme e gradi molto diversi da un paese all'altro, è sempre più strettamente interrelato – sul piano funzionale – con quello a capitalizzazione.

Una sfasatura simile – anche in tal caso nelle “parole” e nelle “cose” – è avvertibile, comunque, pure in altri contesti. In quello – ugualmente al centro degli interessi “comuni” – della riforma delle normative in tema di mercato del lavoro viene frequentemente avvertito lo iato tra l'ampia autonomia riconosciuta agli Stati membri ai fini della “modernizzazione”, coinvolgente anche la sede subnazionale, dei rispettivi sistemi e, al contempo, la rigidità dei vincoli che invece derivano, ad esempio, dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, vincoli capaci di precludere l'utilizzo di una discreta gamma di misure in astratto disponibili ai legislatori nazionali (o regionali)⁵⁶².

L'esigenza di ridurre tale sfasatura, in qualche modo “tornando a *Duphar*”, per prendere “più sul serio” la libertà che il Trattato – anche alla luce del principio di sussidiarietà⁵⁶³ – riconosce agli

⁵⁶⁰ Cfr., per considerazioni simili, pure D. PIETERS, J. A. NICKLESS, *Pathways for Social Protection in Europe*, Helsinki, 1998, pp. 73 ss.

⁵⁶¹ Cfr. da ultimo, per l'Italia, G. AMATO, M. MARÈ, *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Bologna, 2001. Gli autori rifuggono nelle loro proposte, per nulla iconoclaste, dal radicalismo ideologico neo-liberista che permea, invece, buona parte del dibattito sulle pretese “virtù salvifiche” della capitalizzazione (e della immancabile privatizzazione dei sistemi pensionistici). Per una pacata e disincantata discussione dell'argomento, vedi L. PENNACCHI, *Dietro la tirannia dei luoghi comuni: previdenza a ripartizione e previdenza a capitalizzazione a confronto*, in *AS*, 2000, n. 1, pp. 75 ss.

⁵⁶² Vedi ad esempio M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro*, cit., p. 61; F. FERRARO, *Contratti di formazione e lavoro*, cit., pp. 389 e 390; S. VOUSDEN, *Albany*, cit., p. 190.

⁵⁶³ S. SCIARRA, *Verso una costituzionalizzazione*, cit., p. 22, benché ad altro proposito, sottolinea giustamente il ruolo attivo in tal senso assegnabile al

Stati membri in materia di organizzazione dei loro sistemi nazionali di protezione sociale, è assai spesso avvertita da quanti si preoccupano del più generale riequilibrio tra integrazione positiva e integrazione negativa a livello comunitario⁵⁶⁴. Quando applica le regole di concorrenza, la Corte di Giustizia dovrebbe mostrare una maggiore attenzione all'altro lato della medaglia, stando appunto attenta a non incrinare il pur delicato e mutevole equilibrio che presiede al riparto delle competenze tra Comunità e Stati membri in materia di politiche sociali.

Il Trattato di Amsterdam contiene più di una sollecitazione in questa direzione, e non solo per l'enfasi nuovamente posta sul principio di sussidiarietà anche nel campo delle politiche sociali e per quella, già rilevata, maggiore attenzione per il rispetto dell'inevitabile "specificità" delle scelte nazionali che – seppur in un quadro ispirato a interessi e obiettivi condivisi – caratterizza la strategia del coordinamento delle politiche dell'occupazione degli Stati membri alla luce del Titolo VIII del TCE⁵⁶⁵.

Nello stesso dominio del diritto della concorrenza, l'art. 16 del TCE – quale introdotto dal Trattato di Amsterdam – ha proprio la funzione di segnalare "politicamente" alla Commissione e, di rimando, alla Corte di Giustizia l'essenziale ruolo dei servizi di interesse economico generale per la promozione della coesione sociale e territoriale dei paesi che compongono l'Unione⁵⁶⁶. Anche in questo caso in una prospettiva che – pur premurandosi di far "salve" le previsioni di cui agli artt. 73, 86 e 87 del TCE⁵⁶⁷ – ricolloca nuovamente al centro dell'attenzione di tutti gli attori istituzionali coinvolti il tema del rispetto delle "rispettive competenze" e, quindi, di riflesso, delle diverse sensibilità e tradizioni nazionali.

principio di sussidiarietà nella difesa delle "specificità virtuose" degli ordinamenti nazionali del lavoro.

⁵⁶⁴ Sia pure nell'ambito di formulazioni e con accenti in parte diversi, vedi, ad esempio, anche P. DAVIES, *Market Integration*, cit., p. 76; F. KESSLER, *Droit*, cit., pp. 422-423; D. PIETERS, J. A. NICKLESS, *Pathways*, cit., pp. 73 ss.; M. FUCHS, *Free Movement*, cit.

⁵⁶⁵ Il rispetto dell'autonomia e della specifica identità delle scelte riservate agli Stati membri mal si concilia con l'impatto omogeneizzante e, di per sé, puramente negativo dell'"intrusione", per via giudiziaria, del diritto della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali.

⁵⁶⁶ Vedi F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., pp. 160-161.

⁵⁶⁷ È in considerazione dell'espressa salvezza di tali disposizioni e del connesso *acquis* giurisprudenziale che parte della dottrina ha frettolosamente relegato la norma in commento nell'orbita della mera inutilità declamatoria, d'una pura ottatività incapace di incidere sulla intatta cogenza del diritto della concorrenza. Vedi ad es. L. G. RADICATI DI BROZZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, ne *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, pp. 273 ss.

Da un lato l'art. 16 contribuisce alla costruzione di una autentica nozione di servizio comunitario d'interesse generale, equilibratamente basata sui valori della concorrenza e dell'efficienza e su quelli dell'equità sociale e infra- e inter-statale⁵⁶⁸. Dall'altro, nell'elevare espressamente i servizi di interesse economico generale a "valori comuni dell'Unione"⁵⁶⁹, esso rafforza nello stesso tempo la rilevanza della sussidiarietà come principio di difesa attiva della specificità delle diverse costellazioni nazionali del servizio pubblico.

Dal Consiglio europeo di Lisbona sono riemerse linee simili, che hanno trovato puntuale eco nella nuova comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale. Tali linee escono, da ultimo, ulteriormente rafforzate dalla dichiarazione relativa ai servizi di interesse economico generale allegata alle conclusioni del Consiglio europeo di Nizza⁵⁷⁰.

La stessa revisione del testo dei trattati approvata a Nizza, come pure la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contengono nuove e ancor più significative indicazioni nella medesima direzione.

L'art. 137.4 del TCE – nella formulazione che entrerà in vigore all'esito della ratifica del Trattato di Nizza – appare sintomaticamente chiaro nel voler riaffermare con forza il principio per cui le disposizioni precedenti non possono compromettere "la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso". Una affermazione di principio così forte – benché espressamente riferita alle disposizioni che delineano le basi normative della "integrazione positiva" degli Stati sociali europei – non può non stare a significare che limite analogo vale, quantomeno di riflesso, anche sul versante della integrazione negativa. Non può, cioè, non valere anche a contenere gli effetti derivanti – in termini altrettanto e forse più lesivi della sfera di competenza riservata agli Stati membri in tale ambito – dalla progressiva espansione delle libertà

⁵⁶⁸ Cfr. in questo senso soprattutto M. ROSS, *Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?*, in *ELR*, 2000, p. 22, il quale sottolinea come la norma si spinga in ciò oltre la logica del mercato unico per abbracciare quella, più ricca, della cittadinanza europea. Anche G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *MCR*, 2000, n. 2, p. 429, collega la previsione alla costruzione della cittadinanza comunitaria. Vedi inoltre C. SCOTT, *Services of General Interest in E.C. Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, in *ELJ*, 2000, p. 310.

⁵⁶⁹ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 735.

⁵⁷⁰ Cfr. F. CHALTIEL, *La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général*, in *RMCUE*, 2001, p. 89.

di circolazione di beni e servizi⁵⁷¹ e degli stessi principi comunitari di libera concorrenza.

Quanto alla Carta, il riferimento è qui non solo (e non tanto) al suo art. 36, che – significativamente inserito nel Capo intitolato alla solidarietà – riafferma il valore dei servizi di interesse economico generale ai fini della promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, impegnando quest'ultima a rispettare l'accesso ai medesimi così come esso viene previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, sia pure in conformità alle disposizioni del TCE. Si intende invero fare riferimento soprattutto all'art. 34.1 della Carta, ove viene stabilito che l'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali secondo le *modalità* stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali⁵⁷².

Sul cruciale terreno della sicurezza e protezione sociale, tale disposizione non solo ribadisce la primaria competenza degli Stati membri, ma sembra espressamente vincolare l'influenza dell'azione comunitaria alla specifica delineazione di modalità positive di intervento, come tali irriducibili alla logica di una pura integrazione negativa.

19.- L'infiltrazione del diritto comunitario della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali può essere in qualche modo assunto ad esempio paradigmatico delle più generali tensioni tra le ragioni dell'efficienza economica e quelle della equità e del riequilibrio della strutturale asimmetria di potere sociale che connota il rapporto di lavoro⁵⁷³. Nella specifica prospettiva assunta in questo

⁵⁷¹ Si pensi ai potenziali effetti della già ricordata giurisprudenza che tende ad assimilare *tout court* le attività dei servizi sanitari nazionali, o comunque dei sistemi assicurativi pubblici di tutela della malattia e della salute, alla erogazione di "servizi" ai sensi dell'art. 59 del TCE (vedi *retro*, par. 4). I possibili effetti di destrutturazione – cui tali sistemi sono variamente esposti per l'aumento delle opzioni, rispettivamente, di *exit* degli utenti e di *entry* dei prestatori privati – non paiono adeguatamente compensabili in base a un'applicazione caso per caso delle "esigenze imperative" pur riconosciute dalla Corte di Giustizia (vedi M. FERRERA, *European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?*, dattiloscritto 2002). E comunque paiono infrangere quel principio di libertà organizzativo-finanziaria ora espressamente consacrato dall'art. 137.4 del TCE. È per questo che è stato giustamente suggerito – in un'ottica che si allinea in pieno allo spirito del nuovo art. 137.4 – di fare ricorso ai criteri, opportunamente aggiornati e adeguati, che governano il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale, in base al regolamento n. 1408 del 1971 (cfr. M. FUCHS, *Free Movement*, cit., parte IV).

⁵⁷² Principi simili ribadisce il comma 3 dello stesso articolo con riguardo alle misure volte a contrastare povertà e esclusione sociale e, in termini non molto diversi, il successivo art. 35 quanto alla protezione della salute.

⁵⁷³ Cfr., più di recente, per una elaborata proposta di sistematizzazione metodologica del significato di queste "tensioni", R. DEL PUNTA, *L'economia e*

studio, tale fenomeno dischiude un punto privilegiato di osservazione sulla strutturale tensione dialettica tra le ragioni del mercato e le ragioni della solidarietà sociale, da un lato, e sulle collegate tensioni tra le istanze del livello di "governo" sovranazionale e quelle del livello statale, dall'altro, che da sempre percorrono il processo di integrazione comunitaria.

Approfondendo o semplicemente applicando nel dettaglio gli spunti analitici contenuti nella prima parte dello studio, si è qui tentato di dimostrare come la progressiva e sempre più invasiva infiltrazione del diritto comunitario della concorrenza abbia rappresentato, ad un certo punto dello sviluppo del processo integrativo, un significativo momento di rottura dell'equilibrio istituzionale originariamente divisato dai padri fondatori tra il diritto sovranazionale dell'unificazione mercantile ed i diritti nazionali del lavoro e della sicurezza sociale. Quell'equilibrio rispondeva a taluni dei postulati fondamentali del compromesso dell'*embedded liberalism* post-bellico, di cui anche la costruzione delle Comunità europee a partire dal 1951 era espressione.

Il progressivo *spill over* delle regole dell'integrazione mercantile praticamente in ogni area di regolazione economica e sociale ha potentemente contribuito ad assicurare la realizzazione del fondamentale obiettivo della costruzione di un mercato pressoché compiutamente unificato e fortemente concorrenziale. Ove non compensato dalla riaffermazione, sia pure in forme nuove e adeguate ai profondissimi mutamenti socio-economici intervenuti, dei valori e delle istanze che trovano espressione nei *Welfare State* europei, esso rischierebbe tuttavia di mettere in crisi i presupposti della legittimità materiale dell'intero processo integrativo e, quindi, gli stessi traguardi da questo raggiunti.

Dal riequilibrio tra integrazione negativa e positiva dipende infatti in misura sempre più rilevante la questione della legittimità democratica delle politiche dell'Unione europea⁵⁷⁴, risultandone direttamente condizionata la stessa sorte del processo integrativo. Sino a quando l'Unione europea non saprà o non potrà farsi direttamente carico di una parte almeno delle essenziali funzioni di coesione sociale e di redistribuzione svolte dai *Welfare State* nazionali, questi dovranno godere dello spazio di autonomia necessario per continuare a svolgere la loro fondamentale missione "connettiva". Il rispetto delle identità democratiche nazionali – cui deve restare saldamente ancorato l'avanzamento del processo di integrazione europea – passa anche per "la preservazione delle

le ragioni del diritto del lavoro, in *DLRI*, 2001, p. 3, nonché P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, ivi, 1999, p. 547.

⁵⁷⁴ Cfr. ancora F. W. SCHARPF, *Governare*, cit., pp. 185 ss.

diverse tradizioni di *Welfare State*, sia pure nel contesto dei nuovi vincoli economici”⁵⁷⁵.

L’analisi dei possibili antidoti all’infiltrazione del diritto comune della concorrenza e del mercato ha permesso di verificare come tale riequilibrio sia, in realtà, fondamentalmente in atto e rappresenti, anzi, uno dei capitoli più importanti del nuovo corso europeo. Il rischio di una “tirannia” dei valori protetti dal diritto della concorrenza⁵⁷⁶ – pericolosamente materializzatosi in una parte almeno della giurisprudenza della Corte di Giustizia – pare in prospettiva destinato a essere ulteriormente ridimensionato dalla proclamazione della Carta di Nizza e, *a fortiori*, dal suo eventuale inserimento nei trattati.

Approfondendo la dimensione valoriale dell’integrazione comunitaria per adeguarla alla espansione della sua sfera di incidenza politica, la Carta di Nizza è capace di restituire, in prospettiva, piena cittadinanza – allo stesso livello dell’Unione europea – ai fondamentali valori sociali radicati nei diritti del lavoro degli Stati membri, contribuendo in tal modo a rafforzarli anche all’interno di questi. Essa pone così le basi per un più equilibrato confronto pluralistico tra valori che vanno necessariamente temperati tra loro, senza pretese egemoniche degli uni o degli altri.

Il valore della concorrenza – come “valore strumentale alla affermazione di altri valori fondamentali”⁵⁷⁷, quali ad esempio l’incentivo all’innovazione e alla responsabilità nell’esercizio della libertà economica – deve continuare ad avere un posto centrale nella costruzione comunitaria. Esso deve essere, però, sempre accuratamente coniugato con quelli della solidarietà e della *aequa libertas* dell’*homme situé*, che costituiscono il sostrato comune dei diritti sociali fondamentali.

Nell’ottica dell’equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in rilievo, il diritto del lavoro può, del resto, meglio dimostrare la propria vocazione profonda a porsi non, semplicemente, come “un sistema di protezione dei lavoratori dal mercato, ma anche, per sua parte, come uno strumento che può contribuire alla efficienza delle imprese”⁵⁷⁸. L’anima “riformista”⁵⁷⁹ del diritto del lavoro si misura proprio nella sua capacità di bilanciare – in contesti che sono oggi profondamente mutati rispetto a quelli che ne segnarono

⁵⁷⁵ S. SCIARRA, *How Global*, cit., p. 32; e vedi anche EAD., *Parole vecchie e nuove*, cit., pp. 371-372.

⁵⁷⁶ Per riprendere – in un ben diverso contesto – la già evocata immagine di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in *RDP*, 1970, p. 1.

⁵⁷⁷ I. MUSU, *Il valore della concorrenza*, cit., p. 26.

⁵⁷⁸ P. DAVIES, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, p. 208.

⁵⁷⁹ S. SCIARRA, *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, *EUI Working Papers, Law*, n. 2002/3, p. 1.

le origini storiche – “gli interessi e i valori contrapposti del lavoro e dell’impresa”, per “promuoverli entrambi in una prospettiva di sviluppo economico sostenibile”⁵⁸⁰.

La auspicata, piena costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali a livello comunitario si iscrive esattamente in quest’ottica.

⁵⁸⁰ T. TREU, *Diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, n. 3, pp. 467 ss., qui p. 522.

CONCLUSIONI

Sommario: 1. *Un confronto analitico fra modelli idealtipici di costituzione economica comunitaria.* – 2. *Il modello neo-liberale del "federalismo competitivo".* – 3. *Il modello neo-socialdemocratico del "federalismo solidale".* – 4. *Il modello misto del "federalismo cooperativo".* – 5. *Osservazioni finali.*

1.- La prima e la seconda parte di questo studio hanno indagato il rapporto dialettico tra costruzione del mercato unificato e politiche sociali (nazionali e sovranazionali) nella loro dimensione dinamica e diacronica. Le trasformazioni della costituzione economica comunitaria – e più in particolare del rapporto tra diritto comune della concorrenza e del mercato e normative sociali nazionali – sono state ricostruite in prospettiva storica, confrontando i diversi modelli cui esse si sono ispirate, o sono comunque riconducibili, nel loro concreto (e spesso confuso e contraddittorio) divenire, dall'entrata in vigore dei trattati istitutivi ad oggi.

Nelle pagine che seguono, tali modelli – depurati, per così dire, dalle “contaminazioni” da cui sono inevitabilmente contrassegnati nella loro concretezza storica – verranno analizzati e confrontati nella loro forma astratta e stilizzata, ovvero nella loro forma “pura” e “idealtipica”.

Nessuno dei tre modelli in rassegna ha mai avuto, come tale, effettiva e compiuta traduzione nella forma idealizzata nella quale essi verranno tra di loro “staticamente” confrontati. Seppure in misura e con intensità diversa, i modelli del federalismo “competitivo”, “solidale” e “cooperativo” sono tuttavia stati (e sono) tutti in qualche modo presenti nella dinamica dell'integrazione europea, e tutti sono variamente circolati (e circolanti) nella sempre più accesa discussione teorica sui presupposti di legittimità della costituzione economica comunitaria¹.

I modelli – tra loro (almeno astrattamente) alternativi – di costituzione economica in discussione pongono problemi di legittimità del diritto europeo sensibilmente diversi, sia dal punto di vista del rapporto tra i differenti livelli di governo del “*multitiered system*” comunitario, sia da quello – strettamente interrelato – della entità e della direzione dell'intervento (regolativo e/o correttivo) del pubblico potere (comunitario e/o nazionale) sul mercato².

L'intento che ora ci si propone è esattamente quello di riassumere nelle sue linee astratte la dimensione costituzionale dei rapporti tra diritti sociali e mercato nell'integrazione comunitaria, sviluppando in forma più sistematica concetti già emersi nelle pagine precedenti

¹ Cfr. specialmente C. JOERGES, con la collaborazione di A. FURRER e O. GERSTENBERG, *Challenges of European Integration to Private Law*, in CCAEL, 1997, vol. VII, 1, pp. 281 ss.; M. POIARES MADURO, *We, The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, pp. 102 ss.

² Sulla stretta interconnessione tra le due dimensioni, M. POIARES MADURO, *We, the Court*, cit., pp. 104-108. Nei tre modelli alternativi di costituzione economica europea discussi dall'autore (“*centralised model*”, “*competitive model*” e “*decentralised model*”), le due dimensioni sono prese in esame contestualmente o meglio considerate come le due facce della stessa medaglia.

in ordine ai (profondamente differenti) presupposti di legittimità dei diversi modelli di costituzione economica europea. Il *focus* sarà perciò prevalentemente concentrato sulla questione della “giustificazione costituzionale” dei singoli modelli, in una prospettiva eminentemente normativa³.

La stessa enucleazione delle linee essenziali dei modelli a confronto privilegerà, di conseguenza, gli aspetti di coerenza interna dei medesimi, senza tentare di delineare – in chiave “predittiva” – “scenari” futuri, più o meno probabili⁴. Valutazioni problematiche su tale ultimo versante sono state ad ogni modo già proposte nel paragrafo conclusivo della parte prima e non mancheranno di essere brevemente riprese ancora più avanti, nelle considerazioni finali.

I modelli alternativi del federalismo “competitivo”, “solidale” e “cooperativo”, qui proposti, vanno perciò considerati come strumenti euristici di analisi normativa, liberamente attinti dal dibattito teorico su attualità e futuro della costituzione economica e più in genere della *polity* europea.

La stessa terminologia a tal fine impiegata – come del resto avviene per altri esempi analoghi a questo⁵ – possiede un carattere meramente stipulativo e convenzionale.

La parola “federalismo” – il cui campo semantico resta peraltro assai ampio, quando non vago⁶ – è in particolare assunta in senso

³ Per un approccio simile, sia pure con riguardo al tema della codificazione civile europea, vedi, ora, anche C. U. SCHMID, *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, in *MJ*, 2001, p. 277. Affronta in un’ottica simile il problema della “legalità sostanziale” del diritto sociale comunitario, con l’espresso invito a “porsi apertamente il problema delle basi della [sua] legittimità”, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, p. 80.

⁴ Per un’impostazione parzialmente assimilabile a questa, vedi pure COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Emploi, négociations collectives, protection sociale: vers quelle Europe sociale? Rapport du groupe présidé par Joël Maurice*, Paris, 1999, specialmente pp. 100-101.

⁵ Vedi ad es. C. BARNARD, *Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EC Social Policy*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford - Portland, 2000, pp. 49 ss., per la contrapposizione tra il modello del “competitive federalism” e quello della “centralised legislation”; o ancora A. M. PETRONI, R. CAPORALE, *Il federalismo possibile. Un progetto liberale per l’Europa*, Soveria Mannelli, 2000, pp. 17 ss., per l’analogia alternativa tra “federalismo competitivo” e “centralizzatore”.

⁶ I. PERNICE, *Harmonization of Legislations in Federal Systems; Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects*, in ID. (a cura di), *Harmonization of Legislation in Federal Systems*, Baden-Baden, 1996, pp. 9 ss., qui p. 15, ricorda che, nella sua accezione più generale, “un sistema federale è qualunque entità giuridica costituita da Stati al fine di perseguire certi scopi comuni ed alla quale sia stato attribuito, per l’effetto, il potere di esercitare una limitata ma diretta giurisdizione sui propri cittadini, mantenendo gli Stati membri piena autonomia in tutti gli altri campi di azione pubblica. Tale definizione, pertanto, include gli Stati federali, senza però implicare che il sistema federale debba necessariamente avere carattere

deliberatamente “atecnico”, prescindendo, segnatamente, almeno nei suoi termini consueti, dal dibattito sul possibile futuro (compiutamente) federale o no della *Euro-polity*⁷. Gli aggettivi qualificativi che la connotano, poi, anche laddove coincidano con quelli talvolta usati per descrivere le forme o le fasi storiche di determinate esperienze di Stato federale (quali, ad esempio, quelle nordamericana e tedesca), non intendono, dal canto loro, evocare alcuna particolare reminiscenza dello specifico dibattito a queste relativo.

2.- Nel modello costituzionale neo-liberale del “federalismo competitivo”, al diritto sovranazionale è tendenzialmente assegnato il (solo) compito di promuovere l'*integrazione negativa* dei mercati nazionali.

Il diritto comunitario ha una prioritaria funzione di unificazione giuridica del mercato comune, concepito come spazio economico senza frontiere interne, attraverso l'eliminazione di tutti gli ostacoli (normativi) che si frappongano alla libera circolazione dei fattori della produzione (capitali, lavoro, beni e servizi) e al libero gioco della concorrenza. Nel solco della tradizione dell'ordoliberalismo tedesco – cui più direttamente (anche se certo non in via esclusiva)⁸ si riallaccia tale concezione della costituzione economica comunitaria – il diritto sovranazionale, concepito in senso proprio come “*economic constitutional law*”⁹, ha perciò l'esclusivo compito di costruire e garantire un comune mercato aperto e concorrenziale.

Il mercato aperto e libero è istituito dal diritto comunitario attraverso una decisione di sistema che – concretandosi nel

statuale”. Si veda, fra i tanti, anche G. BOGNETTI, *Federalismo*, in *DPubl.*, VI, Torino, 1991, pp. 273 ss.

⁷ Cfr. – tra gli esempi più recenti e significativi – G. F. MANCINI, *Europe: The Case for Statehood*, e J. H. H. WEILER, *Europe: The Case Against the Case for Statehood*, entrambi in *ELJ*, 1998, rispettivamente pp. 29 e 43 ss. Il dibattito sulla desiderabilità o meno di un futuro compiutamente federale per l'Unione europea è stato come noto riaperto dal discorso pronunciato il 12 maggio 2000 dal ministro degli Esteri tedesco Joschka Fischer (lo si legga, con vari commenti, in *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, a cura di C. Joerges, Y. Mény e J. H. H. Weiler, Firenze, 2000). Attualmente, esso si intreccia di nuovo – con indicazioni che già convergono verso la (peraltro scontata) esclusione di qualunque idea di “Super-Stato” federale europeo – coi temi di discussione della neo-insediata Convenzione per preparazione della riforma e della semplificazione costituzionale dell'Unione.

⁸ La scuola della *Public Choice* propone soluzioni simili (vedi infatti A. M. PETRONI, R. CAPORALE, *Il federalismo*, cit., pp. 26 ss.), mentre ancor più radicale – per quanto edificata su un terreno largamente comune – è la ricetta al riguardo desumibile dal costituzionalismo liberale hayekiano (cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Milano, 1994, pp. 186 ss.).

⁹ C. JOERGES, *Challenges*, cit., p. 292.

conferimento dei diritti fondamentali di libertà economica e in una forte regolazione del processo concorrenziale diretta in pari tempo contro l'ingerenza distorsiva dello Stato e la concentrazione e l'abuso del potere monopolistico privato – ne garantisce costituzionalmente l'efficiente funzionamento¹⁰.

È ravvisabile, al riguardo, un profilo di sensibile differenza tra la concezione ordoliberal della Scuola di Friburgo e il costituzionalismo liberale hayekiano¹¹: quest'ultimo tende infatti a pensare il mercato piuttosto come ordine spontaneo – precedente alla (e non costituito dalla) decisione di sistema istituzionalizzata nel diritto (comune) dell'economia – ed a considerare, corrispondentemente, i diritti economici come libertà naturali e pre-politiche, in certo qual modo indipendenti dal loro riconoscimento costituzionale¹². Esso assegna in altre parole al diritto (e in specie, per quanto qui interessa, all'ordine giuridico comunitario) un ruolo meno significativo, o per meglio dire un ruolo non propriamente fondante e istitutivo del mercato comune. Si tratta di una differenza che si ripercuote – come vedremo tra poco – sulla individuazione del fondamento di legittimità del diritto comunitario come “*economic constitutional law*”.

Il tratto caratterizzante del modello è così rappresentato dalla netta *separazione tra mercato (comune) e Stato (nazionale)*¹³, o meglio dalla edificazione giuridica di un mercato transnazionale *senza* lo sviluppo di equiestesi meccanismi di controllo ed eterocorrezione politica e, quindi, senza la formazione di un'organizzazione statuale a livello sovranazionale (federale)¹⁴. Il modello si caratterizza, in altre parole, per “la coesistenza di un unico mercato

¹⁰ Cfr. D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *AJCL*, 1994, vol. 42, pp. 25 ss. Per ulteriori ragguagli, vedi anche il par. 8 della parte prima.

¹¹ Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998.

¹² Cfr. sul punto, in chiave critica, E. O ERIKSEN, *The Question of Deliberative Supranationalism in the EU*, *ARENA Working Papers*, WP 99/4, p. 8.

¹³ L'intervento correttivo e redistributivo dello Stato è ammesso esclusivamente entro i confini nazionali, in termini tali non ostacolare la libertà di circolazione dei fattori produttivi e della concorrenza all'interno del mercato integrato. La dimensione sociale dell'economia di mercato – cui l'ordoliberalismo assegna un ruolo di primo piano ai fini del perseguimento di autonomi scopi di giustizia distributiva – è quindi collocata entro i confini politici dello Stato nazionale e può trovare attuazione nei limiti in cui non interferisca col corretto funzionamento del mercato europeo. Sul concetto di “economia sociale di mercato”, cfr., recentemente, R. MICCÙ, “*Economia e costituzione*”: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *QP*, 1996, pp. 243 ss., e, con particolare riferimento alla Comunità europea, A. CANTARO, *Lavoro e diritti sociali nella “costituzione europea”*, in *DD*, 2000, n. 4, pp. 97 ss., specialmente pp. 103-108.

¹⁴ Cfr. C. JOERGES, *The Market without the State? The “Economic Constitution” of the European Community and the Rebirth of Regulatory Policies*, *European Integration Online Papers*, 1997, vol. 1, n. 19, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>.

europeo e di una pluralità di distinti ordinamenti statali insistenti sullo stesso territorio, senza quindi un grado di controllo politico equivalente a quello realizzato dall'integrazione economica"¹⁵.

Il meccanismo di *governance* tipico del modello è il mercato¹⁶, e lo strumento principe di realizzazione delle virtù istituzionali dello stesso è costituito dalla generalizzata applicazione del principio del *mutuo riconoscimento*.

Il principio del mutuo riconoscimento si colloca al centro dell'universo istituzionale del "federalismo competitivo"¹⁷, nella misura in cui assicura la competizione regolativa tra i diversi sistemi politico-normativi nazionali insistenti sul medesimo spazio economico integrato.

La piena mobilità dei fattori della produzione e la completa circolazione delle informazioni necessarie per la comparazione tra i diversi sistemi politico-istituzionali nazionali¹⁸, permettono agli attori economici di scegliere tra gli stessi sulla base delle proprie convenienze e preferenze razionali. Il ruolo delle istituzioni e del diritto sovranazionale dell'economia è esattamente quello di rendere possibile la competizione regolativa, garantendo in primo luogo la piena libertà di circolazione dei fattori produttivi (capitale e lavoro).

La naturale convergenza delle preferenze degli attori razionali (imprese, lavoratori, consumatori) verso il sistema più efficiente e conveniente è idonea a produrre, secondo i fautori di tale modello, un processo di armonizzazione dal basso (*bottom-up*), guidato dal mercato e rivolto alla selezione e alla diffusione per imitazione del modello regolativo migliore¹⁹. L'omogeneizzazione suscettibile di scaturire da tale forma di armonizzazione dal basso ed *ex post*²⁰

¹⁵ M. JACHTENFUCHS, *Democracy and Governance in the EU*, *European Integration Online Papers*, 1997, vol. 1, n. 2, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-002a.htm>, p. 10.

¹⁶ Sul modello di *governance by market* vedi G. THOMPSON, *Governing the European Economy: A Framework for Analysis*, in ID. (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, pp. 15 ss.: lo scopo è quello di "assicurare l'ordine economico e la coordinazione delle attività produttive senza alcuna consapevole opera di organizzazione e di direzione dal centro. [Il mercato] è basato su di un processo decisionale decentrato, implicante la concorrenza tra un elevato numero di agenti economici dispersi e non coordinati, che assumono le proprie decisioni secondo il meccanismo di formazione dei prezzi".

¹⁷ Cfr. per tutti A. M. PETRONI, R. CAPORALE, *Il federalismo*, cit., pp. 126 ss.; ISAE - Istituto di Studi e Analisi Economica, *Rapporto sullo stato dell'Unione europea*, a cura di F. Kostoris Padoa Schioppa, Bologna, 2001, pp. 57 e 169 ss.

¹⁸ Per una più analitica elencazione delle pre-condizioni istituzionali della competizione regolativa, C. BARNARD, *Regulating Competitive Federalism*, cit., p. 54.

¹⁹ Cfr. (sia pure in senso critico) J. SUN, J. PELKMANS, *Regulatory Competition in the Single Market*, in *JCMS*, 1995, pp. 67 ss., specialmente p. 70.

²⁰ Sul punto, in termini critici, COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Emploi*, cit., p. 106.

sarebbe di per sé diversa e migliore di quella calata *ex ante* e dall'alto attraverso l'intervento politico eteronomo, in quanto da un lato si esemplerebbe sugli esiti "spontanei" e "naturali" (e perciò efficienti) del processo concorrenziale e dall'altro – proprio perché frutto di meccanismi decisionali per definizione decentrati – garantirebbe un'immediata conformità al principio di sussidiarietà²¹.

Le virtù hayekiane della concorrenza come "processo di scoperta"²² si realizzerebbero, così, ad un tempo nella massimizzazione della funzione dell'efficienza allocativa nel mercato integrato e nella limitazione dell'intervento correttivo e, soprattutto, redistributivo degli Stati nazionali, grazie in particolare al pieno dispiegamento degli effetti della concorrenza fiscale²³.

Il principio del mutuo riconoscimento dovrebbe pertanto avere un ambito d'applicazione generale, sicuramente esteso alla sfera della regolazione del mercato e dei rapporti di lavoro, il tal caso al fine precipuo di stimolare la convergenza verso il modello più flessibile e favorevole alla crescita dell'occupazione²⁴. Nella specie, infatti, la competizione regolativa su scala europea o internazionale "nel campo d'azione dello Stato sociale serve a realizzare un processo di scoperta diretto a individuare quale sistema di *Welfare* – per qualsivoglia ragione – riesca a dimostrarsi economicamente più efficace e sostenibile in concreto"²⁵.

Mentre mette in competizione tra loro i sistemi di diritto e politica sociale nazionali, l'ordinamento giuridico sovranazionale non si pone deliberatamente – *né potrebbe porsi* – compiti correttivi o redistributivi diretti a compensare, al livello dell'unità più ampia,

²¹ Per l'idea che il mutuo riconoscimento realizzerebbe nella forma più piena le esigenze della sussidiarietà, sia verticale che orizzontale, vedi ad es. ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 18-19 e 63, nonché S. WOOLCOCK, *Competition Among Rules in the Single European Market*, in W. BRATTON et al. (a cura di), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and in the United States*, Oxford, 1996, p. 290.

²² Cfr. F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, competizione e libertà*, a cura e con prefazione di D. Antiseri e L. Infantino, Soveria Mannelli, 1998.

²³ Vedi in special modo A. M. PETRONI, R. CAPORALE, *Il federalismo*, cit., pp. 31 ss.

²⁴ In tal senso, ISAE, *Rapporto*, cit., pp. 105 ss., e H. SIEBERT, *Labor Market Rigidities and Unemployment in Europe*, *EUI Working Papers, RSC*, n. 97/28. Per una discussione di tale profilo in relazione all'effettivo contesto normativo comunitario, vedi *retro*, par. 11 della parte prima.

²⁵ K.-H. PAQUÉ, *Does Europe's Common Market Need a Social Dimension? Some Academic Thoughts on a Popular Theme*, in J. ADDISON, W. S. SIEBERT (a cura di), *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonisation and Regulation*, London, 1994, qui p. 108.

la riduzione di autonoma capacità di intervento (preordinatamente) derivante dalla *regulatory competition*²⁶.

Nella prospettiva del modello del "federalismo competitivo", il diritto comunitario, infatti, in tanto è *legittimo*, in quanto si limiti alla integrazione negativa dei mercati nazionali e alla garanzia del libero gioco concorrenziale nel mercato comune. Il suo scopo – e quindi il fondamento della sua legittimità – consistono unicamente nella istituzione di un mercato europeo, aperto e concorrenziale.

Il diritto comunitario – inteso come diritto costituzionale del mercato europeo – non potrebbe perciò legittimamente rivolgersi alla integrazione positiva dei sistemi (sociali) nazionali. Il fondamento di legittimità del diritto europeo risiede, infatti, essenzialmente nella garanzia dei diritti (civili e economici) individuali "contro l'ingerenza del potere pubblico"²⁷ (nazionale). Si tratta di una legittimità normativa e funzionale centrata sul riconoscimento delle libertà fondamentali di circolazione e sulla conseguente garanzia dell'efficiente funzionamento del mercato comune²⁸.

La legittimità del diritto comunitario è perciò poggiata sulla efficienza e sulla libertà assicurate al (e nel) mercato comune europeo, e per tale motivo non richiede né presuppone l'estensione alla sfera del governo sovranazionale delle forme (rappresentative e maggioritarie) di legittimità democratica proprie (soltanto) del processo politico nazionale²⁹.

Eccedendo le condizioni di legittimità del diritto comunitario in quanto basati su scelte di valore legittimate soltanto dal processo politico democratico nazionale, "i diritti sociali non potrebbero pertanto essere riconosciuti a livello europeo, ma dovrebbero rimanere ristretti nell'ambito della sfera di dominio degli Stati membri insieme ai diritti politici"³⁰.

In quest'ottica, la Comunità/Unione europea non soffre di un *deficit* democratico (solo) nella misura in cui si mantiene dentro il paradigma della razionalità formale del diritto costituzionale dell'economia. Il problema del *deficit* di legittimità democratica dell'azione comunitaria sorge, per contro, tutte le volte che

²⁶ Mette bene in evidenza, criticandolo, tale centrale aspetto del modello in esame, W. STREECK, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *SM*, 1990, pp. 29 ss., specialmente pp. 30 e 52.

²⁷ M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., p. 128.

²⁸ Ivi, p. 129, si prosegue osservando che – nell'ottica neo-liberale del "federalismo competitivo" – "le transazioni di privato sono concepite come la vera fonte della legittimità democratica e contrattuale di qualunque società e, quindi, come l'autentico fondamento costituzionale della stessa".

²⁹ Vedi E.-J. MESTMÄCKER, *Politische und normativ-funktionale Legitimation der Europäischen Gemeinschaft*, in ID., *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden, 1978, pp. 82 ss.

³⁰ M. JACHTENFUCHS, *Democracy*, cit., p. 10. Vedi anche *retro*, alla nota 13.

l'Unione europea fuoriesca dai limiti funzionali interni al *paradigma del diritto formale* (del mercato)³¹, per appropriarsi di compiti che possono essere democraticamente assolti soltanto dagli Stati (sociali) nazionali. E i compiti di riallocazione del potere sociale nell'ambito dei rapporti di produzione e/o di redistribuzione della ricchezza, propri dei diritti sociali nazionali, rientrano tra le funzioni rispetto alle quali la Comunità sarebbe, per l'appunto, del tutto sprovvista delle necessarie risorse di legittimità democratica³².

3.- Nel modello neo-liberale del "federalismo competitivo", la sovranità sociale degli Stati membri, seppure formalmente preservata, è ridotta a involucro privo di sostanza³³. Gli effetti di integrazione negativa congiuntamente derivanti dall'esercizio delle libertà economiche di circolazione e dalla competizione regolativa

³¹ Sul quale si veda – in generale – J. HABERMAS, *Paradigms of Law*, in M. ROSENFELD, A. ARATO, *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley – Los Angeles – London, 1998, pp. 13 ss., specialmente pp. 14-15. Cfr. anche G. TEUBNER, *Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in ID. (a cura di), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis of the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin – New York, 1987, pp. 3 ss.

³² Sotto tale profilo, esiste un sicuro elemento di affinità tra il modello costituzionale del "federalismo competitivo" e la teoria della Comunità europea come "Stato regolatore" (lo sottolineano giustamente M. JACHTENFUCHS, *The Governance Approach to European Integration*, in *JCMS*, 2001, pp. 245 ss., sul punto, p. 252, e C. JOERGES, *Challenges*, cit., pp. 290 e 303). Giandomenico Majone fonda l'impossibilità di politiche redistributive di *Welfare* a livello comunitario sul medesimo assunto della assenza, nelle istituzioni sovranazionali, della base di legittimazione democratica (maggioritaria) a tal fine necessaria. Questa (assieme, ovviamente, alle risorse finanziarie indispensabili per tali politiche solidaristiche) sarebbe disponibile *solo* a livello nazionale. Il livello di governo comunitario sarebbe per contro particolarmente adatto, e pienamente legittimato, specie dopo l'entrata in vigore dell'AUE, a svolgere funzioni di (mera) ri-regolazione del mercato comune (ivi incluse le funzioni di regolazione sociale). Esso – meglio se facendo ricorso allo strumento delle agenzie indipendenti – potrebbe, cioè, legittimamente adempiere ai soli (pur essenziali) compiti di correzione dei fallimenti del mercato (comune), oltre che ai compiti di vera e propria *market-building*. A compiti incidenti, quindi, come tali, sul piano della allocazione e non della redistribuzione delle risorse sulla base di un qualche criterio politico di giustizia sociale. Cfr., a titolo d'esempio, G. MAJONE, *The European Community as a Regulatory State*, in *CCAEL*, 1996, vol. V, 1, pp. 321 ss., e, più di recente, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 167 ss.

³³ Vedi ad es., in tal senso, C. OFFE, *The Democratic Welfare State in an Integrating Europe*, in T. GREVEN, L. W. PAULY (a cura di), *Democracy beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, 2000, pp. 63 ss., specialmente p. 71; M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law*, cit., pp. 324 ss., specialmente p. 331.

all'interno delle giurisdizioni degli Stati membri³⁴, contengono infatti un evidente, e in realtà perfettamente calcolato, potenziale di destrutturazione dei sistemi nazionali di *Welfare*³⁵.

Costituisce del resto assunto esplicito del modello neo-liberale che la competizione regolativa all'interno delle giurisdizioni nazionali – in presenza di una piena mobilità dei fattori produttivi – produca una spontanea convergenza verso il sistema ritenuto più efficiente dal mercato.

Nella convergenza verso lo *standard* sociale più leggero o più basso³⁶, come pure nel contenimento al livello minimo della spesa pubblica (e in specie sociale), derivante dall'effetto di "addomesticamento del Leviatano" indotto dalla concorrenza fiscale³⁷, si sperimenta, quindi, null'altro che la virtù propriamente liberale del modello.

Il modello del "federalismo solidale" muove dalla preoccupazione per il progressivo declino della sovranità sociale degli Stati membri, quale presupposto indispensabile della loro legittimità democratica³⁸, per proporre una soluzione radicalmente alternativa alla mera integrazione negativa dei mercati ed improntata alla necessità di ricostruire a livello sovranazionale quelle stesse capacità di controllo politico dell'economia ormai perdute (o comunque diminuite) a livello nazionale.

Esso si pone pertanto l'obiettivo della piena *integrazione positiva* dei sistemi nazionali di *Welfare*, ovvero l'obiettivo della creazione di una sfera europea di politiche di protezione sociale e "di diritti sociali a condizioni dignitose di vita", attraverso la costruzione di un autentico governo politico e democratico del mercato comune, avente "sostanziali capacità di modificazione della distribuzione mercantile delle *chance* di vita"³⁹ all'unico livello che appare, ormai, funzionalmente appropriato: quello sovranazionale.

L'Unione europea dovrebbe – in tale prospettiva – assumere tutte le caratteristiche proprie di uno *Stato sociale federale*, dotandosi di

³⁴ Vedi M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., p. 144.

³⁵ Cfr. anche S. DEAKIN, *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros*, in *CYELS*, 1999, n. 2, pp. 231 ss., specialmente p. 244.

³⁶ Per un'aggiornata discussione in ordine agli effetti (perlomeno potenziali) di "race to the bottom" degli *standard* di protezione sociale nazionali, immanenti al modello del "federalismo competitivo", C. BARNARD, *Regulating Competitive Federalism*, cit., pp. 57-60.

³⁷ Cfr. S. SINN, *Taming the Leviathan: Competition Among Governments*, in *CPE*, 1992, vol. 3, n. 2, pp. 177 ss.; A. M. PETRONI, R. CAPORALE, *Il federalismo*, cit., pp. 94 ss.

³⁸ Cfr. J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1999, pp. 53 ss.

³⁹ S. LEIBFRIED, P. PIERSON, *The Prospects for Social Europe*, in A. DE SWAAN (a cura di), *Social Policy beyond Borders. The Social Question in Transnational Perspective*, Amsterdam, 1994, pp. 15 ss., qui p. 20.

una costituzione politica capace di sintetizzare le diverse tradizioni che già oggi confluiscono in un "modello sociale europeo" sostanzialmente unitario. Al mercato unico deve, quindi, poter corrispondere – proprio al fine di scongiurare l'erosione delle basi di legittimità dei *Welfare State* democratici europei, attraverso la loro rigenerazione a livello europeo – la compiuta federalizzazione dei fondamenti della cittadinanza sociale.

Il diritto europeo deve poter trarre la propria legittimazione da una costituzione politica, espressione delle volontà democratica dei popoli europei e del patto di solidarietà sociale da questi stipulato⁴⁰.

La razionalità economico-funzionale e tecnocratica sulla quale il modello neo-liberale fonda la legittimità del diritto comunitario⁴¹, infatti, da un lato non riuscirebbe più a dar conto delle dimensioni raggiunte dall'integrazione europea, ormai ampiamente eccedenti la sfera dell'integrazione mercantile, e dall'altro non sarebbe in alcun modo in grado di giustificare le sempre più rilevanti compressioni determinate a carico dei processi politici democratici nazionali, soprattutto per ciò che attiene alle questioni di giustizia sociale⁴². Essa si fonda su un "concetto di persona *normativamente ridotto*"⁴³, incentrato unicamente sulla razionalità strumentale del soggetto come attore economico e del tutto incapace di attingere quell'idea di eguale rispetto per la dignità umana di ciascuna persona, sulla quale si poggia il riconoscimento dei diritti sociali fondamentali.

La riappropriazione del necessario controllo politico sul processo di integrazione economica comunitaria esige, dunque, secondo il modello neo-socialdemocratico del "federalismo solidale", il passaggio ad uno Stato sociale europeo, legittimato democraticamente a realizzare – all'unico livello ormai adeguato – quelle funzioni di solidarietà e di coesione sociale attuate, oggi, individualmente, con sempre maggiore difficoltà e minore efficacia, da parte gli Stati membri⁴⁴.

L'approdo della compiuta unione politica europea – necessario al governo di un mercato che ha raggiunto la piena integrazione con l'entrata in vigore della moneta unica – troverebbe perciò il proprio momento più qualificante nella costruzione di strutture

⁴⁰ Cfr. M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., pp. 111-113.

⁴¹ Per tale critica del criterio di legittimità sul quale si fonda il modello del "federalismo competitivo", vedi E. O. ERIKSEN, *The Question*, cit., pp. 2-3; C. OFFE, *The Democratic Welfare State*, cit., p. 75.

⁴² Cfr. F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, trad. it., Bologna, 1999, pp. 32 ss.

⁴³ J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 77 (il corsivo è nell'originale).

⁴⁴ Cfr. B. BERCUSSON et al., *A Manifesto for Social Europe 2000*, Bruxelles, 2000, pp. 17 ss.

sovrnazionali di *Welfare State*⁴⁵, dirette a offrire ai cittadini europei un alto livello di protezione sociale.

Il modello del "federalismo solidale" implica, secondo una logica neo-keynesiana, il ripristino di una capacità di gestione centralizzata della domanda globale, per la quale l'Unione dovrebbe essere dotata di un *budget* adeguato e di risorse fiscali proprie, commisurate agli scopi da perseguire.

Nella sua versione più ambiziosa⁴⁶, allo sviluppo su scala paneuropea di un sistema di relazioni industriali e di contrattazione collettiva ("eurocorporatismo"), dovrebbe corrispondere anche la federalizzazione dei principali programmi di protezione sociale (reddito minimo, assicurazione contro la disoccupazione e tutela pensionistica)⁴⁷ e l'armonizzazione verso lo *standard* più elevato delle normative nazionali sul rapporto di lavoro. La costituzione europea – gerarchicamente sovraordinata a quelle degli Stati membri – dovrebbe contenere un esteso catalogo di diritti sociali fondamentali *comuni* (cioè uniformemente applicabili nell'intero territorio dell'Unione) e immediatamente giustiziabili.

Un'Europa "Scandinavia del mondo"⁴⁸ potrebbe così porsi come l'unico soggetto globale davvero capace di contribuire attivamente al governo politico della globalizzazione economica, offrendo innanzi tutto agli europei sicurezza contro i suoi effetti più destabilizzanti rispetto alle conquiste storiche del *Welfare State* democratico⁴⁹.

L'Europa dovrebbe prendere piena coscienza e riappropriarsi della propria identità solidaristica e della propria vocazione alla civilizzazione sociale dell'economia capitalistica, del proprio "*Social Self*"⁵⁰, per approdare, sfruttando appieno le potenzialità spiegate dall'attuale "*foundational moment*"⁵¹, a una costituzione

⁴⁵ Vedi B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 2000, I, pp. 779 ss., specialmente pp. 787-788, ove la via della "democrazia parlamentare europea", associata a "una politica di ristoro del *welfare* europeo poggiato su soglie comuni inderogabili *in peius* dagli Stati nazionali", viene vista come l'unica "leva per il recupero del ruolo politico del Governo comunitario".

⁴⁶ Sulla quale vedi diffusamente COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Emploi*, cit., pp. 116 ss.

⁴⁷ Cfr. anche A. GRASER, *Confidence and the Question of Political Levels – Towards a Multilevel System of Social Security in Europe?*, in D. PIETERS (a cura di), *Confidence and Changes. Managing Social Protection in the New Millennium. EISS Yearbook 2000*, The Hague – London – New York, 2001, pp. 215 ss., specialmente pp. 232-235.

⁴⁸ G. THERBORN, *Il futuro dell'Europa: la Scandinavia del mondo?*, in *EE*, 1999, n. 5, p. 93.

⁴⁹ Cfr. pure M. TELÒ, *L'Europa attore internazionale: potenza civile e nuovo multilateralismo*, in *EE*, 1999, n. 5, pp. 37 ss.

⁵⁰ M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self*, cit., p. 324.

⁵¹ *Ibidem*.

democratica post-nazionale basata sui principi di libertà, uguaglianza sostanziale e solidarietà. "Il momento costituzionale dell'Unione europea trae la sua ragion d'essere nell'esaurimento del modello funzionalista e nella sua incapacità di legittimare gli attuali sviluppi politici e istituzionali in seno alla Comunità"⁵².

Le funzioni redistributive e coesive, da tempo significativamente svolte dalla Comunità, dimostrerebbero che già oggi essa è perfettamente in grado di realizzare quella solidarietà astratta e "tra estranei"⁵³, che costituisce il fondamento del *Welfare State* democratico.

Il presupposto di legittimità per la traslazione dal piano (prevalentemente) nazionale a quello (soprattutto) europeo delle funzioni di *Welfare* esisterebbero, pertanto, già oggi. Essi potrebbero del resto rafforzarsi in un circolo virtuoso, nutrito della forza di legittimazione sprigionata dall'effettiva implementazione delle funzioni solidaristiche da parte delle istituzioni dell'Unione europea⁵⁴.

La trasformazione in senso pienamente democratico e maggioritario delle istituzioni politiche dell'Unione europea dovrebbe pertanto poggiare su "un sottostante contratto sociale, basato su un criterio di giustizia distributiva capace di garantire piena legittimità alle decisioni assunte dalla maggioranza"⁵⁵. La costruzione discorsiva degli elementi portanti di tale nuovo contratto sociale, e del vincolo di solidarietà civica e "tra estranei" in cui esso si radica, dovrebbe situarsi, così, al centro di un processo costituente impegnato a ridefinire i contorni della cruciale "questione della identità sociale europea"⁵⁶.

4.- Le critiche a tale modello di costituzione economica comunitaria, e in particolare ai suoi presupposti di legittimità, non

⁵² Ivi, p. 347.

⁵³ Per riprendere la formula di J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 121.

⁵⁴ L'argomento spesso invocato dai fautori del modello del "federalismo solidale" è che la redistribuzione presuppone, ma allo stesso tempo genera ed espande un legame di "solidarietà tra estranei". Invertendo i termini della linea evolutiva marshalliana, i diritti sociali in Germania hanno storicamente preceduto i diritti di partecipazione politica, contribuendo a cementare l'unità (e la solidarietà) statal-nazionale. Sull'esempio tedesco (nel senso, peraltro, dell'estrema improbabilità di una sua trasposizione all'esperienza comunitaria), vedi S. LEIBFRIED, *Towards a European Welfare State? On Integrating Poverty Regimes into the European Community*, in Z. FERGE, J. E. KOLBERG (a cura di), *Social Policy in a Changing Europe*, Frankfurt am Main, Boulder, 1992, pp. 245 ss., sul punto pp. 247-248, e P. FLORA, *The National Welfare States and European Integration*, in L. MORENO (a cura di), *Social Exchange and Welfare Development*, Madrid, 1993, pp. 11 ss., specialmente p. 16.

⁵⁵ Ancora M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self*, cit., p. 346.

⁵⁶ Ivi, p. 349.

provengono soltanto dalle fila di quanti sostengono che un tale sviluppo è precluso dall'inesistenza di un *demos* europeo e dalla sostanziale impossibilità di una sua formazione⁵⁷, almeno in tempi che non coincidano con quelli delle "ere geologiche"⁵⁸. Una tale obiezione è, infatti, essa stessa poggiata su un assunto che non tiene adeguatamente conto della attuale realtà normativa e politica dell'Unione europea, e in particolare del fatto che già oggi essa mette in crisi l'idea (conservatrice) di popolo sovrano come entità etnicamente, linguisticamente, culturalmente e spiritualmente omogenea, necessariamente preesistente all'ordine politico statuale (democratico)⁵⁹.

Il modello del "federalismo solidale" incontra, invero, anche le obiezioni di quanti ritengono che una democrazia post-nazionale – abbracciante pluralisticamente i "multiple demoi"⁶⁰ d'Europa – sia non solo possibile (e auspicabile), ma in qualche modo già oggi "raggiungibile" dagli sviluppi costituzionali dell'integrazione comunitaria.

Viene infatti rilevato che, poiché "anche in una Unione europea politicamente costituita continuerà a sussistere l'elemento dell'accordo pragmatico [...] tra gli Stati membri, lo Stato federale europeo dovrà assumere una figura diversa dagli Stati federali nazionali di tipo classico e non potrà semplicemente limitarsi a copiarne le modalità di legittimazione"⁶¹. Pur rifiutandosi la tesi secondo cui solo l'appartenenza a una nazione intesa come "comunità prepolitica di destino" potrebbe sviluppare quella

⁵⁷ La tesi ha trovato la sua formulazione probabilmente più nota e compendiosa nel ripetutamente citato *Maastricht-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco. La si veda esposta e finemente elaborata anche in D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 339 ss., specialmente pp. 350-354 e 362-365 (ed ivi pure la replica di J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, pp. 369 ss.).

⁵⁸ Come ha icasticamente scritto G. F. MANCINI, *The Case for Statehood*, cit., p. 34, criticando la tesi cultural-etnicista del "no European demos".

⁵⁹ Cfr. in special modo – oltre a J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa?*, cit. e a ID., *Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, ne *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura e con una postfazione di L. Ceppa, Milano, 1998, pp. 119 ss. – J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999, pp. 221 ss.; D. CURTIN, *Postnational Democracy: European Union in Search of a Political Philosophy*, The Hague – London – Boston, 1997; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State and the Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999. Per un utile riepilogo del dibattito, vedi, infine, E. SCODITTI, *Una costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, con un saggio di G. Palombella, Bari 2001.

⁶⁰ J. H. H. WEILER, *European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order*, in *PSIud.*, 1996, p. 517.

⁶¹ J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 121 (corsivi nell'originale).

“fiducia anticipante”⁶² e quel sentimento di solidarietà che sono alla base delle politiche redistributive democratiche dello Stato nazionale, si sostiene infatti che “non sarebbe possibile, e nemmeno desiderabile, livellare le identità nazionali degli Stati membri fondendole insieme in una nazione Europa”⁶³.

L’Unione europea, in ogni caso, difficilmente potrebbe, e neppure dovrebbe, riprodurre le stesse forme di legittimazione democratica maggioritaria, sulle quali si basa l’unità delle politiche redistributive all’interno dello Stato nazionale.

In quest’ottica, la profonda diversità delle forme istituzionali nazionali del *Welfare State* – radicate in contesti storici, politici, economici e sociali estremamente eterogenei – è alla base non solo di un’obiezione di tipo empirico e funzionale alla tesi della unificazione/uniformazione delle stesse in comuni strutture sovranazionali⁶⁴, ma fonda altresì un’obiezione di tipo propriamente normativo, centrata sull’attribuzione alle diverse identità nazionali di un valore positivo, che deve essere come tale preservato⁶⁵. Per quanto implausibile, un’armonizzazione tendenzialmente rivolta alla uniformazione delle legislazioni nazionali, e a maggior ragione la costruzione di un diritto sociale europeo in senso proprio “comune”, produrrebbero, sulle diverse costellazioni nazionali di *Welfare State*, effetti distruttivi o disintegrativi non minori di quelli che conseguono all’integrazione negativa⁶⁶. Ed è difficile immaginare come tali esiti potrebbero mai essere legittimati sulla base di decisioni democraticamente assunte a maggioranza su scala europea⁶⁷.

Una completa federalizzazione delle questioni di giustizia distributiva si scontrerebbe, dunque, con la necessità di preservare le diverse identità democratiche e sociali nazionali.

⁶² Ivi, p. 84.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sul tema dell’improbabilità, o senz’altro dell’impossibilità, di un diritto e di una politica sociali europei comuni, a causa degli insormontabili ostacoli frapposti dalla irriducibile diversità dei *Welfare State* europei, a mero titolo d’esempio, C. CLOSA, *Cittadinanza europea e contratto sociale*, in *I*, 1998, pp. 89 ss., specialmente pp. 92-93.

⁶⁵ Cfr., ad es., S. SCIARRA, *How Global is Labour Law? The Perspective of Social Rights in the European Union*, *EUI Working Papers Law*, n. 96/6, nonché EAD., *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, n. 2, pp. 391 ss.

⁶⁶ In tal senso, vedi, ad es., S. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in *DLRI*, 1994, pp. 639 ss.; C. OFFE, *The Democratic Welfare State*, cit., p. 71; T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, pp. 429 ss., specialmente p. 442.

⁶⁷ Cfr. anche M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, specialmente pp. 543 ss.; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 38.

Il modello costituzionale del "federalismo cooperativo" intende farsi carico dell'esigenza di rispettare tali identità, ad un tempo salvaguardando l'autonomia sociale degli Stati membri dagli effetti distruttivi derivanti da un gioco concorrenziale non governato politicamente al livello dell'Unione. In tal senso, esso si propone come "modello misto", come soluzione in certo modo intermedia tra quelle fatte proprie – in via reciprocamente alternativa – dal "federalismo competitivo" e dal "federalismo solidale".

Nel modello del "federalismo cooperativo" le funzioni di correzione del mercato e di redistribuzione delle *chance* vita restano in linea di massima appannaggio degli Stati membri dell'Unione. I diritti del lavoro e della sicurezza sociale, come in genere le politiche di *Welfare*, mantengono, pertanto, la loro precipua connotazione e specificità nazionale, attingendo a quelle risorse di legittimità materiale democratica "orientata all'*input*"⁶⁸ che, ad oggi, in mancanza di una sfera pubblica europea pienamente sviluppata, solo lo Stato nazionale può garantire.

Il livello di governo comunitario si assegna essenzialmente un ruolo di coordinamento, di indirizzo e di controllo volto, da un lato, a incoraggiare processi di mutuo apprendimento tra gli Stati membri e, dall'altro, a stimolare percorsi di risposta efficaci a problemi comuni orientati alla soluzione localmente migliore, impedendo al contempo forme distruttive di competizione regolativa del tipo *beggar my neighbour*.

L'Unione europea limita l'attività regolativa diretta in materia sociale, dando in ogni caso la preferenza alle forme più flessibili e maggiormente inclini a incoraggiare la differenziazione a livello nazionale e subnazionale. All'armonizzazione tendente all'uniformazione o all'avvicinamento ad un comune modello, si sostituisce l'"armonizzazione riflessiva"⁶⁹. Questa si risolve nella fissazione di principi basilari generali, che ricevono effettiva traduzione in primo luogo attraverso il sostegno attivo ai processi autoregolativi delle parti sociali e comunque attraverso autonomi processi di adattamento a livello nazionale o subnazionale, in una forma intermedia tra puro accentramento e mero decentramento, tra integrazione positiva eteronoma e competizione regolativa anomica.

Nel modello del "federalismo cooperativo", la "costruzione comunitaria viene perseguita con l'elaborazione di congegni istituzionali che permettano di conciliare la difesa dei comuni valori europei e l'eterogeneità dei modelli nazionali che ne costituiscono la traduzione"⁷⁰. La preservazione della eterogeneità dei sistemi nazionali autorizza, così, forme di concorrenza tra gli

⁶⁸ F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, cit., pp. 14 ss.

⁶⁹ S. DEAKIN, *Two Types*, cit., pp. 241-242.

⁷⁰ COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Emploi*, cit., p. 120.

stessi, ma le ancora alla accettazione di principi fondamentali comuni e – con la fissazione di soglie inderogabili e di clausole di non regresso – le spinge alla ricerca delle “regole migliori”⁷¹. La diversificazione – anche elevata – tra gli *standard* di tutela sociale fra una comunità territoriale e l’altra, non è perciò lasciata alla logica del mercato, ma viene controllata e indirizzata dal livello di governo sovranazionale. Questo – definendo i diritti e le garanzie fondamentali di rango comunitario – in qualche modo definisce anche “gli elementi di diversità giustificata”⁷² tra gli ordinamenti nazionali.

Anche il modello del “federalismo cooperativo” assegna quindi un ruolo determinante alla costituzionalizzazione di un robusto catalogo di diritti sociali fondamentali direttamente al livello dell’Unione.

La differenza, sensibile, rispetto al modello del “federalismo solidale”, sta, però, nel fatto che, mentre in quest’ultimo essi si configurano come diritti propriamente *comuni*, diretti cioè a radicare direttamente al livello dell’Unione le funzioni di redistribuzione e di riallocazione del potere sociale che sono loro proprie, nel modello del “federalismo cooperativo” la costituzione “sociale” europea serve essenzialmente come garanzia e misura della protezione dei diritti sociali al livello *nazionale*⁷³. Essa, in altri termini, non aspira a sostituirsi alle forme nazionali di protezione dei diritti sociali, ma essenzialmente a salvaguardarle, aprendole, nello stesso tempo, alla scoperta cooperativa – nel confronto dialettico con le tradizioni costituzionali degli altri Stati membri – di nuovi significati nel segno della condivisione di comuni valori fondamentali⁷⁴.

Il rapporto tra fonti comunitarie e fonti nazionali dei diritti sociali fondamentali non si struttura, quindi, in termini di gerarchia, come nel caso del modello del “federalismo solidale”, ma si configura, piuttosto, come “un rapporto dinamico di reciproca sussidiarietà”⁷⁵, assiologicamente proteso verso la massima realizzazione possibile – alle condizioni di volta in volta specificamente in rilievo – del valore sociale protetto dalla norma.

L’idea di fondo è pertanto quella di un “sistema in cui convivono molti livelli decisionali, che coinvolgono più soggetti istituzionali, ciascuno portatore di una propria missione regolativa, e che sono

⁷¹ C. BARNARD, *Regulating Competitive Federalism*, cit., p. 66.

⁷² T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, n. 3, pp. 467 ss., qui p. 533.

⁷³ Sottolinea giustamente tale differenza M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self*, cit., pp. 342-343.

⁷⁴ Per interessanti spunti teorici in questa direzione, cfr. A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso di diritti umani, e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *DPCE*, 2001, II, pp. 544 ss.

⁷⁵ Ivi, p. 561.

uniti l'uno all'altro da un modello sociale e da tradizioni costituzionali comuni”⁷⁶.

Il meccanismo europeo di *governance* prevalente è qui quello del *network*⁷⁷: il raccordo tra i diversi livelli di governo del sistema non è infatti affidato né al mercato – come nel “federalismo competitivo” – né alla relazione gerarchica tra ordinamenti giuridici e apparati pubblici, come nel caso del “federalismo solidale”. Esso è piuttosto affidato a meccanismi aperti e diffusi di “coordinamento decentralizzato”⁷⁸ e “policentrico”, alla “interdipendenza reciproca e riflessiva” tra i differenti livelli decisionali e i diversi attori (pubblici, quasi-pubblici, sociali, privati) coinvolti⁷⁹.

L'intervento sovranazionale, pur poggiando su una base di valori comuni, ha un orientamento prevalentemente procedurale, e conta perciò essenzialmente sulla legittimità che deriva dal carattere deliberativo, aperto e partecipativo dei processi “poliarchici”⁸⁰ di coordinamento da esso attivati. La discussione sulle condizioni del “*deliberative supranationalism*”⁸¹ si presta, in tal senso, a formare l'*humus* teorico più promettente per cogliere le implicazioni della legittimazione discorsiva e processuale del modello.

5.- Si è ricordato in apertura che nessuno dei modelli – stilizzati e idealtipici – di costituzione economica comunitaria sopra delineati ha avuto la pretesa di plasmare egemonicamente l'effettivo corso dell'integrazione europea. Essi hanno comunque in vario modo influenzato il dibattito teorico e anche influito sul concreto modellamento delle istituzioni comunitarie.

Gli echi della concezione ordoliberal sono chiaramente avvertibili, ad esempio, nella configurazione del diritto comune della concorrenza come centro propulsore dell'unità giuridica del mercato unificato. La stessa lettura dell'art. 30 (ora 28) del Trattato di Roma come “*economic due process clause*”, in buona sostanza recepita dalla Corte almeno sino a tempi recenti, ne è

⁷⁶ Così, sia pure problematicamente, M. BARBERA, *Dopo Amsterdam*, cit., p. 24.

⁷⁷ Cfr. G. THOMPSON, *Governing the European Economy*, cit., pp. 29 ss. Si veda anche K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept*, in *ELJ*, 1997, pp. 33 ss.

⁷⁸ M. JACHTENFUCHS, *Theoretical Perspectives on European Governance*, in *ELJ*, 1995, pp. 115 ss., qui p. 125.

⁷⁹ I.-J. SAND, *Understanding the New Forms of Governance: Mutually Interdependent, Reflexive, Destabilised and Competing Institutions*, in *ELJ*, 1998, pp. 271 ss.

⁸⁰ J. COHEN, C. SABEL, *Directly-Deliberative Polyarchy*, in *ELJ*, 1997, p. 313.

⁸¹ Cfr., per tutti, ed anche per più ampi riferimenti, E. O. ERIKSEN, *The Question*, cit.; C. JOERGES, *Challenges*, cit., pp. 300 ss.

evidentemente molto influenzata⁸². L'infiltrazione del diritto europeo della concorrenza e del mercato nei diritti sociali nazionali attinge a ben vedere proprio da tale modello la sua più forte patente di legittimità.

Il modello del "federalismo solidale" non ha mai goduto di particolare fortuna, probabilmente neppure negli anni dell'apice del "consenso socialdemocratico"⁸³. Esso ha tuttavia plasmato una visione dell'Europa che – per quanto da sempre politicamente minoritaria – conserva una sua indubbia forza attrattiva⁸⁴, e non è certo assente nel dibattito sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione⁸⁵.

Il modello del "federalismo cooperativo" deve alle sue doti mediane la capacità di aprire le prospettive forse più significative sulle tendenze che paiono oggi in prevalenza improntare il corso – tutt'altro che definito e lineare – dell'integrazione europea. Ma la sua *medietas* ne fa anche il modello meno nettamente definito e anche più gravido di incognite, specie quando lo si sovrapponga alla concreta dinamica dell'integrazione comunitaria.

È stato suggerito che i meccanismi decentrati e agerarchici del coordinamento aperto, incentrati come sono sulla legittima difesa delle specificità nazionali, nascondano "non tanto l'intenzione di preservare le particolarità di ciascuno dei sistemi di *Welfare*, quanto l'opposto intento degli Stati membri di utilizzare la propria sovranità in campo sociale come meccanismo di aggiustamento della propria competitività alternativo alla perdita sovranità sulla moneta e sui tassi di cambio"⁸⁶.

L'orientamento eminentemente procedurale del modello rischia di frapporre argini meno che simbolici alla forza dei meccanismi "autoregolativi" del mercato integrato⁸⁷, finendo anzi per

⁸² Vedi M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., pp. 49 ss.

⁸³ Lo rilevano giustamente D. M. TRUBEK, J. MOSHER, *EU Governance, Employment Policy, and the European Social Model*, *Jean Monnet Working Paper*, New York University Law School, 15/01, p. 4.

⁸⁴ Cfr. B. STRÁT (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000, ed ivi in particolare il capitolo conclusivo di B. STRÁT e P. WAGNER, *After Full Employment. Theoretical and Political Implications*, pp. 261 ss.

⁸⁵ Cfr. ad es. L. BETTEN, D. MAC DEVITT (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in the European Union*, The Hague – London – Boston, 1996.

⁸⁶ A. CANTARO, *Lavoro*, cit., p. 101.

⁸⁷ Si tratta di una preoccupazione condivisa ad es. da S. DEAKIN e H. REED, *The Contested Meaning of Labour Market Flexibility: Economic Theory and the Discourse of European Integration*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law*, cit., pp. 71 ss., specie p. 97: "Nella misura in cui non esistano meccanismi istituzionali che consentano di innestare l'armonizzazione dei diritti sociali all'interno della strategia per l'occupazione, c'è il pericolo che il tipo di convergenza cui il Titolo sull'occupazione dà luogo sia in realtà basata sul quell'"aggiustamento strutturale" che è implicato dall'istituzione della UEM, cioè a dire sulla deregolazione".

rafforzarne la legittimità, offrendo loro il filtro purificatore della "deliberazione sovranazionale". Mentre – a unificazione monetaria conseguita sotto l'impero dei principi antinflazionistici della stabilità economica – la forza dell'integrazione mercantile è in grado oggi di spiegare i suoi effetti più potenti, i meccanismi di "governance" deliberativa non hanno raggiunto la loro piena maturità⁸⁸, e rischiano di essere semplicemente chiamati a prendere atto – ri-legittimandole *ex post* – delle scelte già compiute dal mercato.

I rischi di destrutturazione delle tradizioni nazionali di diritto sociale insiti in un approccio che dovesse orientarsi in senso accentuatamente post-regolativo e meramente procedurale⁸⁹, possono in realtà essere compensati solo attraverso la decisa riaffermazione al livello della costituzione comunitaria della forza cogente dei valori fondanti e comuni del modello sociale europeo. Un approccio puramente procedurale è insufficiente: "gli Stati, e al livello che le compete l'Unione europea, non possono limitarsi a organizzare regole di procedura che permettano la partecipazione di individui e gruppi intermedi alla definizione e all'attuazione degli interessi generali attribuiti alla loro cura. Ad essi spetta anche di fissare i principi di base che devono presiedere a tale definizione, come di garantire a individui e gruppi i diritti sociali fondamentali"⁹⁰.

La piena affermazione dei diritti sociali fondamentali nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario rappresenta, perciò, "un passaggio necessario in questa fase critica dell'integrazione europea"⁹¹.

La costituzionalizzazione di tali diritti in seno all'ordinamento comunitario costituisce – come ricordato – l'asse portante (anche) del modello del "federalismo cooperativo". In assenza della comune base *sostanziale* "di valore" assicurata dalla affermazione di principi e diritti sociali fondamentali comunitari⁹², è difficile immaginare che il pluralismo delle tradizioni nazionali di *Welfare State* possa essere preservato e adattato alle nuove esigenze socio-

⁸⁸ P. TEAGUE, *Deliberative Governance and EU Social Policy*, in *EJIR*, 2001, pp. 7 ss., qui p. 24.

⁸⁹ Cfr. anche C. DE LA PORTE, P. POCHET, G. ROOM, *Social Benchmarking. Policy Making and the Instruments of New Governance in the EU*, paper presentato al seminario su: "New Governance Process in the EU", organizzato a Bruxelles nel luglio 2000 dall'OSE.

⁹⁰ A. SUPIOT (sotto la direzione di), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Paris, 1999, p. 235.

⁹¹ S. SCIARRA, *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, *EUI Working Papers Law*, n. 2002/3, p. 11.

⁹² Si è sottolineata sopra – al paragrafo precedente – la differenza di impostazione al riguardo esistente rispetto al modello del "federalismo solidale".

economiche senza cedere semplicemente alla pressione livellante dell'integrazione mercantile.

La Carta di Nizza ha in tal senso avviato un processo che deve ancora trovare il suo compimento ed il suo coronamento nella diretta modifica dei trattati istitutivi.

Essa ha posto le necessarie premesse di un percorso di riforma costituzionale che spetterà auspicabilmente alla prossima conferenza intergovernativa portare a necessario compimento, dando in tal modo sostanza a una precisa scelta politica di fondo sul significato dell'identità (sociale) europea. L'illusione che un tale esito possa svilupparsi "automaticamente a partire da una integrazione funzionale, semplicemente prodotta da interdipendenze economiche" oggi straordinariamente accresciute dall'entrata in vigore della UEM, ha infatti oramai perduto (anche) i tratti della sua supposta ingenuità⁹³.

La spinta verso la costituzionalizzazione comunitaria dei diritti sociali fondamentali non deriva solo dalla necessità di salvaguardare dalla (e contro la) logica del mercato essenziali principi di giustizia sociale e di solidarietà⁹⁴. Essa deriva anche da considerazioni di efficienza economica.

I diritti sociali fondamentali sono in realtà una componente determinante della efficienza dinamica e della competitività di lungo periodo delle economie di mercato aperte e complesse: "lungi dall'essere avversi ai rapporti di mercato, dovrebbero essere considerati centrali in un mercato del lavoro europeo che sta diventando sempre più flessibile e individualizzato"⁹⁵.

La consapevolezza di tale essenziale funzione economica, oltre che "coesiva" ed "emancipativa", dei diritti sociali non fu estranea al compromesso dell'*embedded liberalism* postbellico, cui i padri fondatori ispirarono la costruzione comunitaria. A maggior ragione essa deve guidare, oggi, l'indispensabile ridefinizione dei contorni del "modello sociale europeo".

⁹³ In tal senso J. HABERMAS, *La costellazione*, cit., p. 88, cui appartengono le parole virgolettate nel testo, che giustamente critica l'impostazione di quanti ancora ritengono che sarà prima o poi l'esigenza funzionale creata dalla moneta unica a determinare – per *spill over* – lo sviluppo di una forte *governance* economica e sociale europea, idonea a fronteggiare "ad armi pari" la federalizzazione della politica monetaria.

⁹⁴ Che i diritti sociali rispondano a una primaria funzione di "demercificazione" della persona, e perciò facciano propria una logica antagonista a quella del mercato, in quanto diretta a rimediare alle forme di privazione sociale da questo prodotte, è aspetto costantemente sottolineato in dottrina (vedi per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1998, specialmente pp. 139 ss.). Meno indagato è invece il rapporto di complementarità rispetto ai meccanismi di mercato (come strumento di garanzia dell'efficienza dinamica dello stesso), cui si accenna nel testo.

⁹⁵ S. DEAKIN, F. WILKINSON, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, n. 2, pp. 317 ss., qui p. 344.

I valori di libertà e di solidarietà incarnati – sia pure con sensibilità diverse – dalle tradizioni nazionali di diritto del lavoro costituiscono un patrimonio fondamentale delle democrazie europee. Rideclinati e necessariamente aggiornati, essi devono restare al centro della costruzione comunitaria.

L'irrobustimento delle radici costituzionali del diritto sociale europeo ed il rafforzamento delle capacità istituzionali delle parti sociali – da sempre principali attori del dinamismo del diritto del lavoro e della sua straordinaria adattabilità alle mutevoli necessità del mercato – costituiscono, oggi più che mai, presupposti imprescindibili della legittimità democratica di qualunque avanzamento del processo di integrazione europea.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

ADL	Argomenti di Diritto del Lavoro
AER	American Economic Review
AJCL	American Journal of Comparative Law
AS	L'Assistenza Sociale
BL	Biblioteca della Libertà
CCAEL	Collected Courses of the Academy of European Law
CDE	Cahiers de Droit Européen
CIE	Contratto e Impresa/Europa
CJEL	Columbia Journal of European Law
CLLPJ	Comparative Labor Law and Policy Journal
CLP	Current Legal Problems
CMLR	Common Market Law Review
CPE	Constitutional Political Economy
CPS	Comparative Political Studies
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DB	Die Berufsgenossenschaft
DComm.	Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale
DCSI	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
DD	Democrazia e Diritto
DL	Diritto del Lavoro
DLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali
DML	Diritto del Mercato del Lavoro
DO	Droit Ouvrier
DP	Diritto Pubblico
DPCE	Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
DPubl.	Digesto delle Discipline Pubblicistiche
DRI	Diritto delle Relazioni Industriali
DS	Droit Social
DSoc.	Diritto e Società
DUE	Diritto dell'Unione Europea
EBLR	European Business Law Review
EChron.	Europe, Chronique
ECLR	European Competition Law Review
EDP	Europa e Diritto Privato
EE	Europa Europe
EGT	Enciclopedia Giuridica Treccani
EJIL	European Journal of International Law
EJIR	European Journal of Industrial Relations
EJSS	European Journal of Social Security
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EP	Economic Policy
EPL	European Public Law
FI	Il Foro Italiano
FILJ	Fordham International Law Journal
GC	Giustizia Civile
GCost.	Giurisprudenza Costituzionale
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee
HILJ	Harvard International Law Journal
HRLJ	Human Rights Law Journal
I	Inchiesta
IJCLLIR	International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations
IJEL	Irish Journal of European Law
ILJ	Industrial Law Journal
ILR	International Labour Review
IO	International Organization
IRJ-EAR	Industrial Relations Journal – European Annual Review

IS	Industria e Sindacato
ISSR	International Social Security Review
J	Juristenzeitung
JCMS	Journal of Common Market Studies
JEPP	Journal of European Public Policy
JESP	Journal of European Social Policy
JIA	Journal of International Affairs
JLS	Journal of Law and Society
LD	Lavoro e Diritto
LG	Il Lavoro nella Giurisprudenza
LIEcl	Legal Issues of Economic Integration
LIEI	Legal Issues of European Integration
M	Il Mulino
MCR	Mercato Concorrenza Regole
MGL	Massimario della Giurisprudenza del Lavoro
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
NLCC	Nuove Leggi Civili Commentate
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OREP	Oxford Review of Economic Policy
PA	Public Administration
PD	Politica del Diritto
PL	Public Law
PS	Politics & Society
PStud.	Political Studies
QC	Quaderni Costituzionali
QDLRI	Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali
QJE	Quarterly Journal of Economics
QP	Quaderni del Pluralismo
Racc.	Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee
Rass.DC	Rassegna di Diritto Civile
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDComm.	Rivista di Diritto Commerciale
RDE	Rivista di Diritto Europeo
RDIPP	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RDP	Rassegna di Diritto Pubblico
RDPC	Rivista di Diritto Pubblico Comunitario
RDPSF	1989 - Rivista di Diritto Pubblico e di Scienze Politiche
RDSS	Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européen
RBSS	Revue Belge de Sécurité Sociale
RGL	Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale
RIDL	Rivista Italiana di Diritto del Lavoro
RIMP	Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali
RIPE	Review of International Political Economy
RISP	Rivista Italiana di Scienza Politica
RMCE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RP	Ragion Pratica
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
RZ	Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
SE	Social Europe
SLS	Social & Legal Studies
SM	Stato e Mercato
T	Transfer
WLR	Washington Law Review
YLJ	Yale Law Journal

INDICE DELLE OPERE CITATE

ACOCELLA, N., a cura di, *Globalizzazione e Stato sociale*, Bologna, 1999.

AFFERNI, V., *La nozione di impresa comunitaria*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Vol. II, *L'impresa*, Padova, 1978, p. 125.

ALAIMO, A., *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *DML*, 1999, p. 126.

ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, in *LD*, 2000, p. 607.

ALBER, J., *Dalla carità allo Stato sociale*, trad. it., Bologna, 1987.

ALBERT, M., *Il capitalismo europeo nel quadro della mondializzazione: convergenze e differenze*, in *EE*, 1999, n. 5, p. 69.

ALES, E., *Collocamento e rapporto di lavoro: le nuove frontiere della flessibilità nella lotta alla disoccupazione*, in *DL*, 1995, I, p. 162.

ALES, E., *Macrotron II, ovvero la Corte di Giustizia "abroga" il monopolio pubblico del collocamento?*, in *DL*, 1998, II, p. 93.

ALES, E., *La nuova disciplina del mercato del lavoro tra "decentramento controllato" e "liberalizzazione accentrata"*, in *ADL*, 1998, n. 2, p. 539.

ALFANDARI, E., *Droit et rapports entre l' "économique" et le "social"*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, 1992, p. 31.

ALLAMPRESE, A., *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*, in *LG*, 2000, n. 1, p. 33.

ALTER, K. J., MEUNIER-AITSAHALIA, S., *Judicial Politics in the European Community – European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, in *CPS*, 1994, p. 535.

AMATO, G., *Come fronteggiare gli shock asimmetrici*, in *EE*, 1998, n. 3, p. 59.

AMATO, G., *Citizenship and Public Services – Some General Reflections*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 145.

AMATO, G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

AMATO, G., *Europe needs Europeans*, discorso tenuto alla Universität Humboldt di Berlino il 7 maggio 2001 (dattiloscritto).

AMATO, G., MARÈ, M., *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Bologna, 2001.

AMTENBRINK, F., DE HAAN, J., SLEIJPEN, O. C. H. M., *Stability and Growth Pact: Placebo or Panacea? (I)*, in *EBLR*, 1997, p. 202.

ANDREONI, A., *Sicurezza sociale. I. Sistemi nazionali e armonizzazione*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 527.

ANDREONI, A., *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di giustizia. (Riflessioni sul caso Albany)*, in *RGL*, 2000, I, p. 981.

ARMSTRONG, K., S. BULMER, *The Governance of the Single European Market*, Manchester e New York, 1998.

ARNULL, A., *What Shall We Do on Sunday*, in *ELR*, 1991, p. 112.

ARRIGO, G., *Politiche sociali comunitarie*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 231.

ARRIGO, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea, I, Principi – Fonti – Libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori*, Milano, 1998.

ARRIGO, G., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Prime osservazioni*, in *DL*, 2001, I, p. 191.

ARTIS, M. J., BUTI, M., *"Close-to-Balance or in Surplus": A Policy-Maker's Guide to the Implementation of the Stability and Growth Pact*, in *JCMS*, 2000, p. 563.

ASHIAGBOR, D., *EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: from "Social Policy" Agenda to "Employment Policy"*, in *ELJ*, 2001, p. 311.

AUBY, J.-F., *Les services publics en Europe*, Paris, 1998.

AZZENA, L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998.

BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, I contratti di lavoro internazionali, p. 115.

BALDASSARRE, A., *Diritti sociali in EGT*, vol. XI, Roma, 1989, *ad vocem* (ora anche in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 123).

BALDASSARRE, A., *Costituzione e teoria dei valori*, in PD, 1991, p. 639.

BALLESTRERO, M. V., *Corte costituzionale e Corte di giustizia. Supponiamo che ...*, in LD, 1998, p. 485.

BALLESTRERO, M. V., *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in LD, 2000, p. 547.

BAQUERO CRUZ, J., *La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam*, in RDCE, 1998, n. 4, p. 639.

BARBERA, M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

BARBERA, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.

BARIATTI, S., a cura di, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998.

BARNARD, C., *Sunday Trading: A Drama in Five Acts*, in MLR, 1994, p. 449.

BARNARD, C., *The Economic Objectives of Article 119*, in T. HERVEY, D. O'KEEFFE (a cura di), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester, 1996, p. 321.

BARNARD, C., *EC Employment Law*, Chichester, 1996.

BARNARD, C., *EC "Social" Policy*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EC Law*, Oxford, 1999, p. 479.

BARNARD, C., *Social Dumping and Race to the Bottom: Some Lessons for the European Union from Delaware*, in ELR, 2000, p. 57.

BARNARD, C., *Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case for EU Social Policy*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford e Portland, 2000, p. 49.

BARNARD, C., DEAKIN, S., *European Community Social Law and Policy: Evolution or Regression?*, in IRJ-EAR, 1997, p. 131.

BARNARD, C., DEAKIN, S., *In Search of Coherence: Social Policy, the Single Market and Fundamental Rights*, in IRJ – EAR, 1999/2000, p. 121.

BARNARD, C., HARE, I., *Police Discretion and the Rule of Law: Economic Community Rights versus Civil Rights*, in *MLR*, 2000, p. 581.

BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G., *International Labour Law: Renewal or Decline?*, in B. VON MAYDELL, A. NUßBERGER (a cura di), *Social Protection by Way of International Law. Appraisal, Deficits and Further Development*, Berlin, 1996, p. 119.

BEGG, I., NECTOUX, F., *Social Protection and Economic Union*, in *JESP*, 1995, p. 285.

BELLACE, J. R., *The ILO Declaration of Fundamental Rights and Principles at Work*, in *IJCLIR*, 2001, p. 269.

BERCUSSON, B., *European Labour Law*, London, 1996.

BERCUSSON, B., *European Labour Law in Context: A Review of the Literature*, in *ELJ*, 1999, p. 87.

BERCUSSON, B., *Trade Union Rights in EU Law*, in F. SNYDER (a cura di), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford e Portland, 2000, p. 329.

BERCUSSON, B., et al., *A Manifesto for Social Europe*, Bruxelles, 1996.

BERCUSSON, B., et al., *A Manifesto for Social Europe 2000*, Bruxelles, 2000.

BERNARD, M., *Post-Fordism, Transnational Production and the Changing Political Economy*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *Political Economy and the Changing Global Order*, London, 1994, p. 216.

BERTOLA, G., *Moneta unica e mercati del lavoro*, in *BL*, 1999, n. 152, p. 11.

BESSELINK, L. F. M., *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *CMLR*, 1998, p. 629.

BESSELINK, L. F. M., *Nota* in *CMLR*, 2000, p. 437.

BESSELINK, L. F. M., *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *MJ*, 2001, p. 68.

BETTEN, L., *The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?*, in *IJCLIR*, 2001, p. 151.

BETTEN, L., MAC DEVITT, D., a cura di, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union*, The Hague – London – Boston, 1996.

BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services*, London, 1942.

BEVERIDGE, W., *Full Employment in a Free Society*, London, 1944.

BIAGI, M., *The "Posted Workers" EU Directive: From Social Dumping to Social Protectionism?*, in *Labour Law and Industrial Relations in the European Union – Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 32/1998, The Hague – London – Boston, p. 173.

BIAGI, M., *L'applicazione del trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *DRI*, 1998, p. 437.

BIANCHI, P., *Europa smarrita ed Europa ritrovata: decisione politica e gap democratico*, in PAGANETTO, L. (a cura di), *Oltre l'Euro. Istituzioni, occupazione, crescita*, Bologna, 1999.

BIFULCO, R., CARTABIA, M., CELOTTO, A., *Introduzione a ID. (a cura di), L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 11.

BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

BINON, J.-M., *Solidarité et assurance: mariage de cœur ou de raison? Réflexion sur la ligne de partage entre l'assurance publique et l'assurance privée à la lumière des arrêts Poucet/Pistre, Coreva et García de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *RMUE*, 1997, n. 4, p. 87.

BINI SMAGHI, L., *L'euro*, Bologna, 1998.

BINI SMAGHI, L., CASINI, C., *Monetary and Fiscal Policy Co-operation: Institutions and Procedures in EMU*, in *JCMS*, 2000, p. 375.

BLANPAIN, R., *The European Union, Employment, Social Policy and the Law*, in ID. (a cura di), *Institutional Changes and the European Social Policies after the Treaty of Amsterdam*, The Hague, London, Boston, 1998, p. 1.

BLANPAIN, R., et al., *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union*, Leuven, 1996.

BOBBIO, N., *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1996, p. 115.

BOERI, T., BÖRSCH-SUPAN, A., TABELLINI, G., *Would You Like to Shrink the Welfare State? A Survey of European Citizens*, in *EP*, 2001, n. 32, p. 9.

BOGNETTI, G., *Federalismo*, in *DPubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 273.

BONNECHÈRE, M., *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen?*, in *EChron.*, 2000, luglio, p. 4.

BORDOGNA, L., *Unione monetaria e relazioni industriali in Europa*, in *SM*, 1996, p. 467.

BORGOGELLI, F., *Diritto di sciopero*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 203.

BOSCO, A., *Are National Social Protection Systems Under Threat? Observations on the Recent Case Law of the Court of Justice*, *Groupment d'Etudes et de Recherches Notre Europe – European Issues*, n. 7/2000.

BOYER, R., *The Unanticipated Fallout of European Monetary Union: The Political and Institutional Deficits of the Euro*, in C. CROUCH (a cura di), *After the Euro. Shaping Institutions for Governance in the Wake of European Monetary Union*, Oxford, 2000, p. 24.

BRAUDEL, F., *La dinamica del capitalismo*, trad. it., Bologna, 1981.

BRUUN, N., VENEZIANI, B., *The Right or Freedom to Transnational Industrial Action*, in AA. VV., *A Legal Framework for European Industrial Relations*, Bruxelles, 1999.

BUENDIA SIERRA, J. L., *La communication de la Commission sur les services d'intérêt économique général en Europe et la politique communautaire de la concurrence*, in R. KOVAR, D. SIMON, (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo II, *Approche transversale et conclusions. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, p. 461.

BUTI, M., SAPIR, A., a cura di, *La politica economica nell'Unione economica e monetaria europea. Uno studio della Commissione europea*, trad. it., Bologna, 1999.

CAFARO, S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001.

CAIRE, G., *Services publics et construction européenne*, in *DS*, 1999, p. 176.

CANNIZZARO, E., *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *DUE*, 2000, p. 241.

CANTARO, A., *Lavoro e diritti sociali nella "costituzione europea"*, in DD, 1999, p. 97 – *Lavoro: declino o metamorfosi?*, a cura di P. Barcellona.

CAPELLI, F., *La Corte di Giustizia CE riconosce l'illegittimità del monopolio italiano del collocamento della manodopera*, in MGL, 1998, p. 56.

CAPPELLETTI, M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989.

CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A., *"Costituzione" europea e diritti sociali fondamentali*, in LD, 2000, p. 281.

CARINCI, M. T., *La fornitura di lavoro altrui. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti, ne Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000.

CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi delle "competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, in GCost., 1989, p. 1001.

CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano, 1995.

CARTABIA, M., *The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Union*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, p. 133.

CARTABIA, M., *Commento all'articolo 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 361.

CARTABIA, M. WEILER, J. H. H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.

CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995.

CASTLES, F. G., a cura di, *Families of Nations. Patterns of Public Policies in Western Democracies*, Aldershot Hants, 1993.

CAVALLARO, M. C., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in RP, 2000, 14, p. 27.

CEPR – CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, *Le politiche sociali in Europa. Rapporto* redatto da C. Bean, S. Bentolila, G. Bertola, J. Dolado, trad. it., Bologna, 1999.

CHALTIEL, F., *La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général*, in RMCUE, 2001, p. 89.

CHASSARD, Y., QUINTIN, O., *Social Protection in the European Community: Towards a Convergence of Policies*, in ISSR, 1992, vol. 45, n. 1-2, p. 91.

CINELLI, M., *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno di sicurezza sociale*, in DRI, 1996, p. 95.

CINELLI, M., *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in ADL, 1999, n. 1, p. 53.

CLARK, J., LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico*, in DLRI, 1986, p. 277.

CLOSA, C., *Cittadinanza europea e contratto sociale*, in I, 1998, p. 89.

COHEN, J., ROGERS, J., *Can Egalitarianism Survive Internationalization?*, in W. STREECK (a cura di), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie. Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., New York, 1998, p. 175.

COHEN, J., SABEL, C., *Directly-Deliberative Polyarchy*, in ELJ, 1997, p. 313.

COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Emploi, négociations collectives, protection sociale: vers quelle Europe sociale? Rapport du groupe présidé par Joël Maurice*, Paris, 1999.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *One Market, One Money. An Evaluation of the Potential Benefits and Costs of Forming an Economic and Monetary Union*, Rapporto a cura di M. Emerson, D. Gros, A. Italianer, J. Pisani-Ferry, H. Reichenbach, Oxford, 1992.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino. Rapporto del Comitato di esperti presieduto da Maria de Lourdes Pintasilgo*, Bruxelles, 1996.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Il mercato unico e l'Europa di domani. Rapporto presentato da Mario Monti*, Milano, 1997.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Modernizzare e migliorare la protezione sociale nell'Unione europea*, COM (97) 102 def.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea è tempo di agire. Relazione*

del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Prof. Spiros Simits, Bruxelles, febbraio 1999.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Una strategia concertata per modernizzare la protezione sociale*, COM (99) 347 def.

COPPEL, J., O'NEILL, A., *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in CMLR, 1992, p. 669.

CORNELISSEN, R., *The Four Principles of Coordination*, in SE, n. 3/92, *Social Security for Persons Moving within the Community*, p. 13.

CORSO, F., *Comunitarizzazione del diritto del lavoro italiano*, in A. BAYLOS, GRAU *et al.* (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 139.

COX, R. W., *Global Restructuring: Making Sense of the Changing International Political Economy*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *Political Economy and the Changing Global Order*, London, 1994, p. 45.

CRAFTS, N., TONIOLO, G., *Postwar Growth: An Overview*, in EOD. (a cura di), *Economic Growth in Europe since 1945*, Cambridge, 1996.

CROUCH, C., *Social Change in Western Europe*, Oxford, 1999.

CROUCH, C., *Introduction: The Political and Institutional Deficits of European Monetary Union*, in ID. (a cura di), *After the Euro. Shaping Institutions for Governance in the Wake of Monetary Union*, Oxford, 2000.

CROWLEY, P. M., *The Institutional Implications of EMU*, in JCMS, 2001, p. 385.

CURTIN, D., *Postnational Democracy: European Union in Search of a Political Philosophy*, The Hague – London – Boston, 1997.

DANIELE, L., *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 1995.

D'ANTONA, M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in LD, 1992, p. 49 (ora anche in *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comunitario e comparato*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 309).

D'ANTONA, M., *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in RTDPC, 1994, p. 695 (ora anche in *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 325).

D'ANTONA, M., *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 3 (ora anche in *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 377).

D'ANTONA, M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in RGL, 1998, I, p. 311 (ed ora anche in *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura e con un saggio introduttivo di G. Ghezzi e prefazione di S. Cofferati, Roma, 2000, p. 273; nonché in *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 221).

DÄUBLER, W., *Market and Social Justice in the EC. The Rationale and Substance of a European Fundamental Rights Act*, in ID. (a cura di), *Market and Social Justice in the EC. The Other Side of the Internal Market*, Gütersloh, 1991, p. 42.

DÄUBLER, W., *Instruments of Community Labour Law*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 151.

DÄUBLER, W., *Verso un diritto del lavoro europeo?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, *Diritto del lavoro*, Milano, 1998, p. 201.

DÄUBLER, W., *Il Bundesverfassungsgericht e la Corte di giustizia*, in LD, 1998, p. 469.

DAVIES, P., *The Emergence of European Labour Law*, in W. MCCARTHY (a cura di), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, Oxford, 1992, p. 313.

DAVIES, P., *Market Integration and Social Policy in the Court of Justice*, in ILJ, 1994, p. 49.

DAVIES, P., *The European Court of Justice, National Courts, and the Member States*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 95.

DAVIES, P., *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Systems?*, in CMLR, 1997, p. 571.

DAVIES, P., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in DRI, 2000, p. 208.

DAWSON, G., *Governing the European Macroeconomy*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 99.

DEAKIN, S., *Labour Law as Market Regulation: The Economic Foundations of European Social Policy*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 63.

DEAKIN, S., *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros*, in CYELS, 1999, n. 2, p. 231.

DEAKIN, S., REED, H., *The Contested Meaning of Labour Market Flexibility: Economic Theory and the Discourse of European Integration*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford e Portland, 2000, p. 71.

DEAKIN, S., WILKINSON, F., *Rights vs. Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in ILJ, 1994, p. 289.

DEAKIN, S., WILKINSON, F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in DLRI, 1999, p. 587.

DEAKIN, S., WILKINSON, F., *"Capabilities", ordine spontaneo e diritti sociali*, in DML, 2000, n. 2, p. 317.

DE BÚRCA, G., *The Language of Rights and European Integration*, in J. SHAW, G. MOORE (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, p. 29.

DE BÚRCA, G., *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in ELR, 2001, p. 126.

DE BÚRCA, G., WEILER, J. H. H., a cura di, *The European Court of Justice*, Oxford, 2001.

DE CECCO, M., *Trionfo e nemesi della sovranità economica*, in P. CIOCCA (a cura di), *L'economia mondiale nel Novecento*, Bologna, 1998, p. 75.

DE CECCO, M., *La Banca Centrale Europea e i rischi della deflazione*, in SM, 1998, p. 339.

DE GRAUWE, P., *Economia dell'integrazione monetaria*, trad. it., Bologna, 1998.

DEHOUSSE, R., *1992 and Beyond: The Institutional Dimension of the Internal Market Programme*, in LIEI, 1989, n. 1, p. 109.

DEHOUSSE, R., *Integration vs. Regulation? Social Regulation in the European Community*, EUI Working Paper Law, n. 23/92.

DEHOUSSE, R., *Some Reflections on the Crisis of the Harmonisation Model*, in F. SNYDER (a cura di), *A Regulatory Framework for Foodstuffs in the Internal Market*, EUI Working Paper Law, n. 94/4, p. 43.

DEHOUSSE, R., *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, London – New York, 1998.

DE LA PORTE, C., POCHET, P., ROOM, G., *Social Benchmarking, Policy-Making and the Instruments of New Governance in the EU*, paper presentato al seminario su: "New Governance Process in the EU", organizzato a Bruxelles nel luglio 2000 dall'Observatoire Social Européen.

DEL BO, D., *Natura ed esercizio del potere sopranazionale nel Trattato CECA*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, I, Padova, 1970, p. 3.

DELL'OLIO, M., *Diritto del lavoro e garanzie costituzionali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 347.

DEL PUNTA, R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, p. 3.

DE MATTEIS, A., GIUBBONI, S., *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, p. 97.

DENT, C. M., *Governing the EU Economy as a Whole*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 231.

DE SCHUTTER, O., *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *RUDH*, 2000, n. 1-2, p. 33.

DE SIERVO, U., *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *DP*, 2001, p. 33.

DE WITTE, B., *Community Law and National Constitutional Values*, in *LIEI*, 1991, n. 2, p. 1.

DE WITTE, B., *Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, p. 277.

DE WITTE, B., *The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?*, in *MJ*, 2001, p. 81.

DÍEZ PICAZO, L. M., PONTTHOREAU, M. C., *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, *EUI Working Papers Law*, n. 91/20.

DI VIA, L., *Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *FI*, 1994, IV, c. 297.

DI VIA, L., *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *FI*, 1996, IV, c. 67.

DI VIA, L., *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padova, 1997, p. 252.

DI VIA, L., *Nota* in *FI*, 1999, IV, c. 489.

DI VIA, L., *Considerazioni sulle "mobili frontiere" del diritto della concorrenza*, in *CIE*, 2000, n. 1, p. 1.

DI VIA, L., *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *MCR*, 2000, p. 279.

DONDERS, P., PIETERS, D., SCHOUKENS, P., *Application of the Provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the Issue of Posting: Facts, Problems, Contents*, in P. SCHOUKENS (a cura di), *Prospects for Social Security Co-ordination*, Leuven, 1997, p. 49.

DRAETTA, U., *Commento agli articoli 85 e 86*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1965, p. 598.

DUPEYROUX, J.-J., *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 1996.

DURANTE, F., *Introduzione agli articoli 68-69*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1970, p. 952.

DYSON, K., *EMU as Europeanization: Convergence, Diversity and Contingency*, in *JCMS*, 2000, p. 645.

EBSEN, I., *Social Policy in the European Community Between Competition, Solidarity and Harmonization: Still on the Way from a Free Trade Area to a Federal System*, in *CJEL*, 1996, vol. 2, p. 421.

EDWARD, D., HOSKINS, D., *Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, in *CMLR*, 1995, p. 157.

EICHENGREEN, B., *Politica fiscale e Unione Monetaria Europea*, in *SM*, 1993, p. 121.

EICHENGREEN, B., FRIEDEN, J., *The Political Economy of European Monetary Union. An Introduction*, in ID. (a cura di), *The Political Economy of European Monetary Unification*, Boulder e Oxford, 2000, p. 1.

EHLERMANN, C.-D., *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *CMLR*, 1992, p. 257.

EHLERMANN, C.-D., *Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community*, in *ECLR*, 1993, p. 61.

EHLERMANN, C.-D., *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CMLR*, 2000, p. 537.

ERIKSEN, E. O., *The Question of Deliberative Supranationalism in the EU*, *ARENA Working Papers*, 99/4.

ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G., *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford, 1999.

EVERSON, M., *The Legacy of Market Citizenship*, in J. SHAW, G. MOORE (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, p. 77.

EVJU, S., *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle*, and van der Woude, in *IJCLIR*, 2001, n. 2, p. 165.

EWALD, F., *L'État providence*, Paris, 1986.

FAIOLI, M., *Il criterio della "stabile organizzazione" nel posting tra diritto sociale comunitario e Modello di convenzione OCSE*, in *DL*, 2001, II, p. 172.

FASSINA, L., *La risposta della Corte costituzionale ai referendum sullo Stato sociale*, in *RGL*, 2000, I, p. 65.

FASSINA, L., *Gli spettri della concorrenza e il monopolio assicurativo dell'INAIL (appunti in attesa della decisione della Corte di Giustizia)*, in *RGL*, 2001, I, p. 577.

FATTORI, P., *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *MCR*, 1999, n. 1, p. 127.

FAULKNER, D., *Public Services, Citizenship, and the State – the British Experience 1967-97*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 35.

FAYOLLE, J., *L'ordinamento economico e sociale dell'Unione monetaria: un'analisi dei problemi*, in G. MONTANI, D. VELO (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa e in Italia*, Milano, 2000, p. 99.

FERRARO, F., *Contratti di formazione e lavoro e aiuti di Stato all'occupazione*, in *DCSI*, 2000, n. 2, p. 367.

FERRERA, M., *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993.

FERRERA, M., *Le trappole del welfare. Uno stato sociale sostenibile per l'Europa del XXI secolo*, Bologna, 1998.

FERRERA, M., *Integrazione europea e sovranità sociale dello Stato-nazione: dilemmi e prospettive*, in *RISP*, 2000, p. 393

FERRERA, M., *European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?*, dattiloscritto (2002).

FERRERA, M., GUALMINI, E., *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme fatte e quelle che restano da fare*, Bologna, 1999.

FERRERA, M., HEMERIJCK, A., RHODES, M., *The Future of Social Europe: Recasting Work and Welfare in the New Economy. Report for the Portuguese Presidency of the European Union*, Lisbona, 2000.

FIORAVANTI, M., *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, 2000, p. 49.

FITOUSSI, J.-P., *Una politica economica restrittiva è l'unica strada per l'EMU?*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Oltre l'Euro. Istituzioni, occupazione, crescita*, Bologna, 1999, p. 105.

FITZPATRICK, B., *Converse Pyramids and the EU Social Constitution*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford e Portland, 2000, p. 303.

FLIGSTEIN, N., *Is Globalization the Cause of the Crises of Welfare States?*, *EUI Working Papers*, SPS, n. 98/5.

FLORA, P., a cura di, *Growth to Limits. The European Welfare States since World War II*, Berlin - New York, 1986-1987 (in 4 voll.).

FLORA, P., *The National Welfare States and European Integration*, in L. MORENO (a cura di), *Social Exchange and Welfare Development*, Madrid, 1993, p. 11.

FLORA, P., HEIDENHEIMER, A. J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, trad. it., Bologna, 1983.

FORSTHOFF, E., *Stato di diritto in trasformazione*, (trad. it.) Milano, 1973.

FOGLIA, R., *La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: opportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?*, in *ADL*, 1998, n. 2, p. 539.

FOGLIA, R., *Il ruolo della Corte di Giustizia e il rapporto tra giudice comunitario e giudici nazionali nel quadro dell'art. 177 del Trattato (con particolare riferimento alle politiche sociali)*, in *DL*, 1999, I, p. 138.

FOGLIA, R., *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2001, p. 6.

FONTAINE, N., *Speech Following the Presentation of the Motto for Europe: "Europe: Unity in Diversity"*, del 4 maggio 2000, in <http://europarl.eu.int/president/speeches/en/sp0034.htm>.

FREEDLAND, M., *Employment Policy*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 275.

FREEDLAND, M., *Law, Public Services and Citizenship - New Domains, New Regimes?*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 1.

FREEDLAND, M., *The Marketization of Public Services*, in C. CROUCH, K. EDER, D. TAMBINI (a cura di), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford, 2001, p. 90.

FREEDLAND, M. SCIARRA, S., *Public Services and Citizenship in European Law, EUI Working Papers, EUF n. 98/6*.

FREEMAN, C., SOETE, L., *Work for All or Mass Unemployment? Computerised Technical Change in to the 21st Century*, London - New York, 1994.

FRIGNANI, A., WAELBROECK, M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.

FUCHS, M., *Internationaler Wettbewerb als Anliegen des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts*, in L. SCHUSTER (a cura di), *Die Unternehmung im internationalen Wettbewerb*, Berlin, 1994, p. 48.

FUCHS, M., *Die Vereinbarkeit von Sozialversicherungsmonopolen mit dem EG-Recht*, in ZIAS, 1996, p. 338.

FUCHS, M., *Free Movement of Services and Social Security – Quo Vadis?*, di prossima pubblicazione in ELJ.

FUCHS, M., GIUBBONI, S., *Monopolio dell'INAIL e Antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in DLRI, 1999, p. 721.

FUCHS, M., GIUBBONI, S., *Das Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs*, in DB, 2001, p. 320.

GADBIN, D., *Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence: des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers*, in DS, 2000, p. 178.

GALEOTTI, S., *Il valore della solidarietà*, in DSoc., 1996, n. 1, p. 1.

GALLINO, L., a cura di, *Diseguaglianze ed equità in Europa*, Roma - Bari, 1993.

GARDNER, A., *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sector*, in ECLR, 1995, p. 78.

GERBER, D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in AJCL, 1994, vol. 42, p. 25.

GERBER, D. J., *The Transformation of European Community Competition Law?*, in HILJ, 1994, p. 97.

GIANNINI, M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

GIBSON, J., CALDEIRA, G. A., *The European Court of Justice: A Question of Legitimacy*, in ZR, 1993, p. 204.

GIESEN, R., *Nota* in CMLR, 1999, p. 841.

GILPIN, R., *Politica ed economia delle relazioni internazionali*, trad. it., Bologna, 1990.

GIORGIS, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

GIORGIS, A., *Commento agli articoli 30 e 31*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento*

alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, 2001, p. 222.

GIUBBONI, S., *Un panorama europeo degli aspetti relativi alla sicurezza sociale*, in DLRI, n. 3/1996, *La retribuzione che cambia*, p. 595.

GIUBBONI, S., *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in ADL, 1997, n. 6, p. 67.

GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione europea*, in DLRI, 1998, p. 81.

GIUBBONI, S., *Previdenza complementare e mercato unico. Cenni al quadro normativo comunitario*, in IS, 1998, n. 4, p. 11.

GIUBBONI, S., *Flessibilità e diritto della previdenza sociale. Spunti ricostruttivi*, in RGL, 1999, I, p. 569.

GIUBBONI, S., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in DComm., *Aggiornamento*, I, Torino, 2000, p. 377.

GIUBBONI, S., *Diritto nazionale del lavoro e diritto comunitario della concorrenza: un rapporto inevitabilmente "contrastato"*, in M. CINELLI et al., *Osservatorio previdenziale*, in RIDL, 2000, III, p. 233.

GIUBBONI, S., *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze "pratiche" e conflitti "teorici"*, in ADL, 2000, n. 3, p. 685.

GIUBBONI, S., *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution. "Practical" Convergences and "Theoretical" Conflicts*, in ELJ, 2001, p. 69.

GIUBBONI, S., *Le "contraddizioni" dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, tra vecchio e nuovo diritto*, in DL, 2001, I, p. 93.

GIUBBONI, S., *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in DLRI, 2001, n. 4.

GIUBBONI, S., SCIARRA, S., *Introduzione*, in DLRI, n. 4/2000, *La regolamentazione del part-time in Europa*, p. 547.

GIUGNI, G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in DLRI, 1979, p. 11 (ora anche in ID., *Lavoro legge contratti*, Bologna, 1989, p. 245).

GIUGNI, G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in DLRI, 1986, p. 317.

GOETSCHY, J., *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, in *EJIR*, 1999, n. 2, p. 117.

GONZÁLEZ-ORÚS, J. M., *Beyond the Scope of Article 90 of the EC Treaty: Activities Excluded from the EC Competition Rules*, in *EPL*, 1999, n. 3, p. 387.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., *Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la seguridad social: la sentencia "Decker"*, in *RDCE*, 1999, n. 5, p. 129.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., *La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt "Keck et Mithouard"*, in *RDUE*, 2000, n. 2, p. 395.

GOODHART, D., *Social Dumping within the EU*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London - New York, 1998, p. 79.

GOODIN, R. E., HEADEY, B., DIRVEN, H.-J., *The Real Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1999.

GRAHL, J., *European Monetary Union: Problems of Legitimacy, Development and Stability*, London, 2001.

GRAHL, J., *"Social Europe" and the Governance of Labour Relations*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 133.

GRASER, A., *Confidence and Question of Political Levels – Towards a Multilevel System of Social Security in Europe?*, in D. PIETERS (a cura di), *Confidence and Changes. Managing Social Protection in the New Millennium. EISS Yearbook 2000*, The Hague – London – New York, 2001, p. 215.

GRIMM, D., *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 129.

GRIMM, D., *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 339.

GRISOLI, A., *Impresa comunitaria*, in *EGT*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*.

GROTE, J. R., SCHMITTER, P. C., *The Renaissance of National Corporatism: Unintended Side-Effect of European Economic and Monetary Union or Calculated Response to the Absence of European Social Policy?*, in *T*, 1999, n. 1-2, p. 34.

GUARINO, G., *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997.

GUARINO, G., *La grande Rivoluzione: l'Unione Europea e la rinuncia alla sovranità*, in 1989 – RDPSP, 1998, n.2, p. 193.

GUILD, E., *How Can Social Protection Survive EMU? A United Kingdom Perspective*, in ELR, 1999, p. 22.

GUILD, E., a cura di, *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, The Hague – London – Boston, 1999.

GUIZZI, G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in RDComm., 1993, I, p. 277.

GYSELEN, L., *L'applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Vol. II, Bruxelles, 1999, p. 1071.

GYSELEN, L., in *Nota CMLR*, 2000, p. 425.

HAAS, E. B., *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces 1950-1957*, Stanford, 1958.

HÄBERLE, P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, tr. it. a cura di P. Ridola, Roma, 1993.

HÄBERLE, P., *Per una dottrina della costituzione europea*, in QC, 1999, p. 3.

HABERMAS, J., *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Torino, 1992.

HABERMAS, J., *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 369.

HABERMAS, J., *Paradigms of Law*, in M. ROSENFELD, A. ARATO (a cura di), *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley – Los Angeles – London, 1998, p. 13.

HABERMAS, J., *Uno stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura e con postfazione di L. Ceppa, Milano, 1998, p. 119.

HABERMAS, J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1999.

HAHN, H. J., *The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty*, in CMLR, 1998, p. 77.

HALL, P.A., FRANZESE, Jr., R. J., *Mixed Signals: Central Bank Independence, Coordinated Wage Bargaining, and European Monetary Union*, in IO, 1998, p. 505.

HAMONIAUX, T., *Le service public de l'emploi: activité économique et activité sociale*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo I, *Introductions et approche sectorielle. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris 1998, p. 447.

HANCHER, L., *Community, State, and the Market*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 721.

HANTRAIS, L., *Social Policy in the European Union*, London, 1995.

HARDEN, I., *The Constitution of the European Union*, in PL, 1994, p. 609.

HARLOW, C., *Public Service, Market Ideology, and Citizenship*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 49.

HARTLEY, T. C., *Constitutional Problems of the European Union*, Oxford e Portland, 1999.

HATZOPOULOS, V., *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in CMLR, 2000, p. 43.

HAYEK (VON), F. A., *Legge, legislazione e libertà*, a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, Milano, 1994.

HAYEK (VON), F. A., *Conoscenza, competizione e libertà*, a cura di D. Antiseri e L. Infantino, Soveria Mannelli, 1998.

HECKSHER, E. F., OHLIN, B., *Heckscher-Ohlin Trade Theory*, a cura e con un'introduzione di H. Flam e M. J. Flanders, Cambridge, Massachusetts, 1991.

HEPPLE, B., *Social Values in European Law*, in CLP, 1995, p. 39.

HEPPLE, B., *Equality and Discrimination*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 237.

HEPPLE, B., *New Approaches to International Labour Regulation*, in ILJ, 1997, p. 353.

HEPPLE, B., *Towards a European Social Constitution*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honour of Roger Blanpain*, The Hague - London - Boston, 1998, p. 291.

HERDEGEN, M. J., *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, in CMLR, 1998, p. 9.

HERVEY, T., *Sex Equality and Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence*, in ELJ, 1998, p. 196.

HINE, D., *Introduction: The European Union, State Autonomy and National Social Policy*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London - New York, 1998, p. 1.

HIRSCHMAN, A. O., *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (Massachusetts), London, 1970.

ICHINO, P., *Il collocamento impossibile. Problemi e obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, Bari, 1982.

ICHINO, P., *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in DLRI, 1988, p. 1.

ICHINO, P., a cura di, *Lavoro interinale e servizi per l'impiego. Un nuovo quadro di riferimento*, Milano, 1995.

ICHINO, P., *Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo*, in DRI, 1999, p. 295.

ICHINO, P., *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in MCR, 2000, p. 635.

ICHINO, P., *Collective Bargaining and Antitrust Laws: an Open Issue*, in IJCLIR, 2001, p. 185.

IDOT, L., *Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)*, in EChron., novembre 1999, p. 4.

IKENBERRY, J., *The Political Origins of Bretton Woods*, in M. BORDO, B. EICHENGREEN (a cura di), *A Retrospective of the Bretton Woods System*, Chicago, 1993.

IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

ISAE – ISTITUTO DI STUDI E ANALISI ECONOMICA, *Rapporto sullo stato dell'Unione Europea*, a cura di F. Kostoris Padoa Schioppa, Bologna, 2001.

JACHTENFUCHS, M., *Theoretical Perspectives on European Governance*, in *ELJ*, 1995, p. 115.

JACHTENFUCHS, M., *Democracy and Governance in the European Union*, *European Integration Online Papers*, 1997, vol. 1, n. 2, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-002a.htm>.

JACHTENFUCHS, M., *The Governance Approach to European Integration*, in *JCMS*, 2001, p. 245.

JEAMMAUD, A., *Lessons from Some Secondary Areas of Dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001, p. 229.

JENNY, F. I., *Competition and State Aid Policy in the European Community*, in *FILJ*, 1994, vol. 18, p. 525.

JESSOP, B., *The Transition to Post-Fordism and the Schumpeterian Workfare State*, in R. BURROWS, B. LOADER (a cura di), *Towards a Post-Fordist Welfare State?*, London, 1994, p. 13.

JOERGES, C., *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in DEHOUSSE, R., *Europe After Maastricht. An Ever Closer Union?*, München, 1994, p. 29.

JOERGES, C., *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflict and New Constitutional Perspectives*, in *ELJ*, 1997, p. 378.

JOERGES, C., *The Market without the State? The "Economic Constitution" of the European Community and the Rebirth of Regulatory Policies*, *European Integration Online Papers*, 1997, vol. 1, n. 19, <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>.

JOERGES, C., con la collaborazione di A. FURRER e O. GERSTENBERG, *Challenges of European Integration to Private Law*, in *CCAEL*, 1997, vol. VII, 1, p. 281.

JOERGES, C., MÉNY, Y., WEILER, J. H. H., a cura di, *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Firenze, 2000.

KAHN-FREUND, O., *Labor Law and Social Security*, in E. STEIN, T. L. NICHOLSON (a cura di), *American Enterprise in the European Common Market. A Legal Profile*, vol. I, Ann Arbor, 1960, p. 297.

KAUPPINEN, T., a cura di, *The Impact of EMU on Industrial Relations in Europe*, Helsinki, 1998.

KENNER, J., *The EC Employment Title and the "Third Way": Making Soft Law Work?*, in *IJCLIR*, 1999, n. 1, p. 33.

KEOHANE, R. O., *The World Political Economy and the Crisis of Embedded Liberalism*, in J. H. GOLDTHORPE (a cura di), *Order and Conflict in Contemporary Capitalism. Studies in the Political Economy of Western European Nations*, Oxford, 1984, p. 15.

KESSLER, F., *Droit de la concurrence et régimes de protection sociale: un bilan provisoire*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo I, *Introductions et approche sectorielle. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, p. 421.

KILPATRICK, C., *Gender Equality: A Fundamental Dialogue*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001, p. 31.

KIRCHHOF, J., *Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen*, in *J*, 1998, p. 965.

KOKOTT, J., *Report on Germany*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, p. 77.

KOLEHMAINEN, E., *The Directive Concerning the Posting of Workers: Synchronization of the Functions of National Legal Systems*, in *CLLPJ*, 1998, p. 71.

KOSONEN, P., *European Integration: A Welfare State Perspective*, Helsinki, 1994.

KOVAR, R., *La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics*, in *EChron.*, luglio 1992, p. 1.

KOVAR, R., *La Cour de Justice et les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée*, in *EChron.*, luglio-agosto/settembre 1994, p. 6.

KOVAR, R., *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïciste*, in *RTDE*, 1996, p. 215 (parte prima) e p. 493 (parte seconda).

KRUGMAN, P., *Geography and Trade*, Cambridge, Mass., 1991.

KUMM, K., *Who Is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal*

Constitutional Court and the European Court of Justice, in *CMLR*, 1999, p. 351.

LADEUR, K.-H., *Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept*, in *ELJ*, 1997, p. 33.

LAIGRE, P., *L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale. À propos de l'arrêt Coreva*, *CJCE* 16 novembre 1995, in *DS*, 1996, p. 82.

LA MALFA, G., *L'Europa legata. I rischi dell'Euro*, Milano, 2000.

LAROQUE, M., *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française*, in *DS*, 1997, p. 961.

LA SPINA, A., MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

LA TORRE, M., *Cittadinanza e diritti sociali. Una prospettiva europea*, in *I*, 1998, p. 73.

LEANZA, U., *Commento agli articoli 92, 93, 94*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, Padova, 1965, II, p. 717.

LEIBFRIED, S., *Social Europe. Welfare States Trajectories of the European Community*, *Zes-Arbeitspapier*, n. 10/91, Universität Bremen.

LEIBFRIED, S., *Towards a European Welfare State? On Integrating Poverty Regimes into the European Community*, in Z. FERGE, J. E. KOLBERG (a cura di), *Social Policy in a Changing Europe*, Frankfurt am Main – Boulder, 1992, p. 245.

LEIBFRIED, S., *The Social Dimension of the European Union. En Route to Positively Joint Sovereignty?*, *Zes-Arbeitspapier*, n. 11/94, Universität Bremen.

LEIBFRIED, S., PIERSON, P., *Le prospettive dell'Europa sociale*, in *SM*, 1993, p. 43.

LEIBFRIED, S., PIERSON, P., *The Prospects for Social Europe*, in A. DE SWAAN (a cura di), *Social Policy beyond the Borders. The Social Question in Transnational Perspective*, Amsterdam, 1994, p. 15.

LEIBFRIED, S., PIERSON, P., *Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe*, in ID. (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D. C., 1995.

LENAERTS, K., DE SMIJTER, E. E., *A "Bill of Rights" for the European Union*, in *CMLR*, 2001, p. 273.

LEONE, G., *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RGL*, 2000, I, p. 993.

LHERNOULD, J.-P., *Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire*, in *DS*, 2000, p. 1114.

LINTNER, V., *The Development of the EU and the European Economy*, in G. THOMPSON (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 37.

LIPARI, N., *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass.DC*, 1995, I, p. 24.

LO FARO, A., *EC Social Policy and 1993: The Dark Side of European Integration*, in *CLLPJ*, 1992, vol. 14, p. 1.

LO FARO, A., *Maastricht e oltre. Le prospettive dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche, limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, in *DRI*, 1993, p. 125.

LO FARO, A., *Integrazione europea*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 47.

LO FARO, A., *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *LD*, 1998, p. 621.

LO FARO, A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999.

LO FARO, A., *Europei, comunitari, comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *RGL*, 2000, I, p. 861.

LOI, P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1999, p. 547.

LOUIS, J.-V., *A Legal and Institutional Approach for the Building of a Monetary Union*, in *CMLR*, 1998, p. 33.

LOUIS, J.-V., *La politique économique*, in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, vol. 6, *Union économique et monétaire. Cohesion économique et sociale. Politique industrielle et technologique européenne*, Bruxelles, 1998, cap. III, p. 27.

LUCIANI, M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *DPubbl.*, V, Torino, 1990, p. 373.

LUCIANI, M., *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *PD*, 1992, p. 557.

LUCIANI, M., *Sui diritti sociali*, in *DD*, 1995, p. 545.

LUCIANI, M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, p. 731.

LUCIANI, M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, p. 507.

LYON-CAEN, A., *Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, 1992, p. 331.

LYON-CAEN, A., *Le financement public d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire? (CJCE 26 septembre 1996)*, in *DS*, 1997, p. 185.

LYON-CAEN, A., SCIARRA, S., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, p. 9.

LYON-CAEN, A., SIMITIS, S., *L'Europe Sociale à la recherche de ses références*, in *RMUE*, 1993, n. 4, p. 109.

LYON-CAEN, G., *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *DO*, 1992, p. 313.

LYON-CAEN, G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, 1995.

LYON-CAEN, G., LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, Paris, 1993.

MACCORMICK, N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *ELJ*, 1995, p. 259.

MACCORMICK, N., *Risking Constitutional Collisions in Europe?*, in *OJLS*, 1998, p. 517.

MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and the Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

MAESTRO BUELGA, G., *Constitución económica y derechos sociales en la Unión europea*, in *RDCE*, 2000, p. 123.

MAIER, C. S., *I fondamenti politici del dopoguerra*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, a cura di P. Anderson et al., Torino, 1993.

MAJONE, G., *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, in *JCMS*, 1993, p. 153.

MAJONE, G., *The Development of Social Regulation in the European Community: Policy Externalities, Transaction Costs, Motivational Factors*, EUI Working Paper SPS, n. 95/2.

MAJONE, G., *The European Community as a Regulatory State*, in CCAEL, 1996, vol. V, 1, p. 321.

MAJONE, G., et al., *Regulating Europe*, London e New York, 1996.

MALARET GARCIA, E., *Public Service, Public Services, Public Functions, and Guarantees of the Rights of Citizens: Unchanging Needs in a Changed Context*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 57.

MALTONI, A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Profili costituzionali*, Milano, 1999.

MANCINI, G. F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee, ne Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano. Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985*, Padova, 1988, p. 23.

MANCINI, G. F., *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in RTDPC, 1989, p. 1.

MANCINI, G. F., *The Making of a Constitution for Europe*, in CMLR, 1989, p. 595.

MANCINI, G. F., *Europe: The Case for Statehood*, in ELJ, 1998, p. 29.

MANCINO, R., *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in NLCC, 2000, p. 899.

MANTOVANI, S., *La moneta europea tra economia e politica*, in SM, 2000, p. 53.

MANZELLA, A., *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in QC, 2000, p. 531.

MANZELLA, A., *Un catalogo dei diritti*, in M, 2001, n. 1, p. 34.

MANZELLA, A., *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 43.

MARSHALL, T. H., *Social Policy*, London, 1975.

MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class*, in T. H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *Citizenship and Social Class*, London, 1996, p. 3.

MARKS, G., HOOGHE, L., BLANK, K., *European Integration from the 1980s: State-Centric vs. Multi-Level Governance*, in JCMS, 1996, p. 341.

MARKS, G., et al., *Governance in the European Union*, London, 1996.

MARTIN, A., *Labour, the Keynesian Welfare State, and the Changing International Political Economy*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *Political Economy and the Changing Global Order*, London, 1994, p. 60.

MARTIN, A., *Social Pacts, Unemployment, and EMU Macroeconomic Policy*, RSC Working Papers, n. 32 del 2000.

MATTERA, A., *Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du Marché intérieur: le règlement 2679/98. De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi"*, in RMUE, 1999, n. 2, p. 9.

MATTLI, W., *The Logic of Regional Integration. Europe and Beyond*, Cambridge, 1999.

MAVRIDIS, P., *Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'État de son choix?*, in DS, 1996, p. 1086.

MAVRIDIS, P., *Libéralisation des soins de santé en Europe: un premier diagnostic*, in RMUE, 1998, n. 3, p. 145.

MAVRIDIS, P., *Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire? Quelques réflexions parfois peu conformistes*, in DS, 1998, p. 329.

MAVRIDIS, P., *Une libéralisation des soins de santé? Un premier diagnostic après les arrêts CJCE Kohll et Decker*, in DS, 1999, p. 172.

MCCRUDDEN, C., a cura di, *Equal Treatment Between Women and Men in Social Security*, London, 1994.

MCNAMARA, K. R., *Consensus and Constraint: Ideas and Capital Mobility in European Monetary Integration*, in JCMS, 1999, p. 455.

MELIADÒ, G., *Concorrenza e politiche sociali*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 281.

MELIADÒ, G., *Il monopolio pubblico del collocamento e il lavoro interinale in Italia dinanzi ai giudici di Lussemburgo: mancate risposte e problemi aperti*, in FI, 1996, IV, col. 77.

MENÉNDEZ, J., *Chartering Europe*, Arena Working Papers, WP n. 13/2001.

MENGONI, L., *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, n. 1, p. 3.

MÉNY, Y., *Tra utopia e realtà. Una costituzione per l'Europa (conversazione con Renzo Cassignoli)*, Firenze, 2000.

MERUSI, F., *Governo della moneta e indipendenza della banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *DUE*, 1997, n. 1-2.

MESTMACKER, E.-J., *Politische und normativ-funktionale Legitimation der Europäischen Gemeinschaft*, in ID., *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden, 1978, p. 82.

MESTMÄCKER, E.-J., *On the Legitimacy of European Law*, in *RZ*, 1994, vol. 58, p. 615.

MICCÙ, R., *"Economia e costituzione": una lettura della cultura giurispubblicistica tedesca*, in *QP*, 1996, p. 243.

MICHELET, K., *Protection sociale et contraintes économiques et monétaires européennes*, in *DS*, 2001, p. 292.

MILLER, G., *Economic and Monetary Union: The Continuing Neglect of Social Dimension*, in OBSERVATOIRE SOCIAL EUROPÉEN, *Economic and Monetary Union and Social Protection*, Working Paper n. 1/95, Bruxelles, 1995, p. 11.

MILNER, S., *Training Policy. Steering between Divergent National Logics*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market: The EU and National Social Policy*, London - New York, 1998, p. 156.

MILWARD, A. S., *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, a cura di P. Anderson et al., Torino, 1993.

MILWARD, A. S., *L'impossibile fuga dalla storia*, in *EE*, 1999, n. 5, p. 57.

MILWARD, A. S., *The European Rescue of the Nation State*, 2a ed. con l'assistenza di G. Brennan e F. Romero, London - New York, 2000.

MILWARD, A. S., SØRENSEN, V., *Interdependence or Integration? A National Choice*, in A. S. MILWARD, A. S., et al., *The Frontier of National Sovereignty: History and Theory 1945-1992*, London, 1993, p. 1.

MONTANI, G., VELO, D., a cura di, *Il governo dell'economia in Europa e in Italia*, Milano, 2000.

MONTERO PASCUAL, J. J., *I monopoli nazionali pubblici in un mercato concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *RDPC*, 1997, p. 663.

MORATA, F., *L'Unione europea*, trad. it., Roma, 1999.

MORAVCSIK, A., *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, 1998.

MORBIDELLI, G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, p. 359.

MOREAU, M. A., *Tendances du droit social communautaire: des droits en quête de reconnaissance*, in *DS*, 1994, p. 612.

MOSCONI, F., *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, *I contratti di lavoro internazionali*, p. 29.

MÜCKENBERGER, U., DEAKIN, S., *From Deregulation to a European Floor of Rights: Labour Law, Flexibilisation and the European Single Market*, in *ZIAS*, 1989, n. 3, p. 153.

MÜLLER-ARMACK, A., *Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes*, in ID., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration*, Freiburg im Breisgau, 1964, p. 401.

MUNDELL, R., *The Monetary Dynamics of International Adjustment Under Fixed and Flexible Exchange Rates*, in *QJE*, 1960, vol. 74, p. 227.

MUNDELL, R., *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *AER*, 1961, vol. 51, n. 4, p. 657.

MUSU, I., *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in I. MUSU, N. LIPARI (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, p. 5.

NAPOLITANO, G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *MCR*, 2000, n. 2, p. 429.

NERI, S., *Commento all'articolo 46*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del carbone e dell'Acciaio. Commentario a cura di R. Quadri*, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1970, p. 597.

NIELSEN, R., SZYSZCZAK, E., *The Social Dimension of the European Community*, Copenhagen, 1993.

NOGLER, L., *Quale sicurezza sociale nell'Unione europea?*, in RGL, 1994, I, p. 49.

NOGLER, L., *Individui, istituzioni e scelte pubbliche nel diritto del lavoro*, in LD, 1998, p. 271.

NUNIN, R., *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001.

OBSERVATOIRE SOCIAL EUROPÉEN, *Economic and Monetary Union and Social Protection, Working Paper n. 1/95*, Bruxelles, 1995.

OFFE, C., *The Democratic Welfare State in an Integrating Europe*, in M. T. GREVEN, L. W. PAULY (a cura di), *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Lanham, 2000, p. 63.

O'LEARY, S., *Free Movement of Persons and Services*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 377.

OLIVIER, G., *Commento all'articolo 2*, in *Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, I*, Padova, 1970, p. 39.

OLIVIER, G., *Commento all'articolo 67*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II*, Padova, 1970, p. 944.

ORLANDINI, G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in ADL, 1999, n. 2, p. 465.

ORLANDINI, G., *Libertà di circolazione delle merci: un limite "comunitario" al conflitto sindacale*, in DLRI, 1999, p. 623.

PACI, M., *La sfida della cittadinanza sociale*, Roma, 1990.

PACIOTTI, E., *La Carta: i contenuti e gli autori*, in *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 9.

PADOA-SCHIOPPA, T., *L'Europa verso l'unione monetaria. Dallo Sme al trattato di Maastricht*, Torino, 1992.

PADOA-SCHIOPPA, T., *The Genesis of EMU: A Retrospective View*, *Jean Monnet Chair Papers, RSC-EUI*, n. 40 del 1996.

PADOA-SCHIOPPA, T., *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001.

PAGANETTO, L., a cura di, *Oltre l'Euro. Istituzioni, occupazione, crescita*, Bologna, 1999.

PAGANO, E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *DUE*, 1996, n. 1, p. 164.

PALLINI, M., *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *RIDL*, 2000, II, p. 225.

PAPPALARDO, A., *Commento agli articoli 90, 91*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1965, p. 676.

PAPPALARDO, A., *State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Revisited*, in *ECLR*, 1991, p. 29.

PAQUÉ, K.-H., *Does Europe's Common Market Need a Social Dimension? Some Academic Thoughts on a Popular Theme*, in J. ADDISON, W. S. SIEBERT (a cura di), *Labour Markets in Europe: Issues of Harmonisation and Regulation*, London, 1997.

PARSI, V. E., *La costituzione come mappa: sovranità e cittadinanza tra risorse nomadi e diritti stanziati*, in L. ONARGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea*, Bologna, 2000, p. 145.

PASCAL, L., *Les apports de la Commission européenne et de la Cour de Justice des Communauté européennes à l'identification des activités de service public*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo II, *Approche transversale et conclusions. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, p. 103.

PEDRAZZOLI, M., *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 1990, 574 (parte seconda).

PELKMANS, J., *The Process of Economic Integration*, Tilburg, 1975.

PENNACCHI, L., *Dietro la tirannia dei luoghi comuni: previdenza a ripartizione e previdenza a capitalizzazione a confronto*, in *AS*, 2000, n. 1, p. 75.

PENNINGS, F., *Introduction to the European Social Security Law*, The Hague - London - Boston, 1998.

PERLINGIERI, P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass.DC*, 1995, I, p. 84.

PERNICE, I., *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects*, in ID. (a cura di), *Harmonization of Legislation in Federal Systems*, Baden-Baden, 1996, p. 9.

PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *CMLR*, 1999, p. 704.

PERSIANI, M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960.

PERSIANI, M., *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *RIMP*, 2000, I, p. 1.

PERULLI, A., *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro*, in *LD*, 1998, p. 251.

PETERS, T., *European Monetary Union and Labour Markets: What to Expect?*, in *ILR*, 1995, p. 315.

PETERSMANN, E.-U., *National Constitutions and International Economic Law*, in M. HILF, E.-U. PETERSMANN (a cura di), *National Constitutions and International Economic Law*, Deventer - Boston, 1993, p. 3.

PETRONI, A. M., CAPOALE, R., *Il federalismo possibile. Un progetto liberale per l'Europa*, con prefazione di P. Savona, Soveria Mannelli, 2000.

PICARD, E., *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 83.

PICCININNO, S., *La natura dei fondi pensione alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia europea*, in *ADL*, 2000, n. 2, p. 277.

PIERSON, P., *The Path to European Integration: A Historical-Institutionalist Analysis*, in W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET (a cura di), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford, 1998, p. 27.

PIERSON, P., *Lo Stato sociale nell'era dell'austerità permanente*, in *RISP*, 1999, p. 393.

PIERSON, P., LEIBFRIED, S., *Multitiered Institutions and the Making of Social Policy*, in ID. (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D. C., 1995, p. 1.

PIETERS, D., NICKLESS, J. A., *Pathways for Social Protection in Europe*, Helsinki, 1998.

PINELLI, C., *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle*

costituzioni. *Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, 2000, p. 195.

POCHET, P., *Les conséquences sociales de l'UEM: une vue d'ensemble des débats nationaux*, in P. POCHET, B. VANHERCKE (a cura di), *Les enjeux sociaux de l'Union Economique et monétaire*, Bruxelles, 1998.

POCHET, P., a cura di, *Monetary Union and Collective Bargaining in Europe*, Brussels, 1999.

POCHET, P., VANHERCKE, B., a cura di, *Les enjeux sociaux de l'Union économique et monétaire*, Bruxelles, 1998.

POIARES MADURO, M., *Keck: the End? The Beginning of the End? Or Just the End of the Beginning?*, in *IJEL*, 1994, p. 30.

POIARES MADURO, M., *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Economic Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, in *ELJ*, 1997, p. 55.

POIARES MADURO, M., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998.

POIARES MADURO, M., *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 449.

POIARES MADURO, M., *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford e Portland, 2000, p. 325.

POIARES MADURO, M., *Never on a Sunday – What Has (EU) Law Got to Do With It?*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001, p. 273.

POLANYI, K., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974 (ed. orig. 1944).

POLLACK, M. A., *A Blairite Treaty: Neo-Liberalism and Regulated Capitalism in the Treaty of Amsterdam*, in K. NEUNREITHER, A. WIENER (a cura di), *European Integration After Amsterdam. Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford, 2000, p. 266.

PREDIERI, A., *Euro. Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998.

PRODI, R., *Un'idea dell'Europa. Il valore Europa per modernizzare l'Italia*, Bologna, 1999.

PUCHALA, D. J., *Of Blind Men, Elephants and International Integration*, in *JCMS*, 1972, p. 267.

QUADRIO CURZIO, A., *Gli equivoci della solidarietà senza sviluppo e solidarietà*, in *M*, 2001, n. 1, p. 40.

RADICATI DI BROZZOLO, L. G., *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale, ne Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 273.

RANGONE, N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

RAWLINGS, R., *The Eurolaw Game: Some Deductions from a Saga*, in *JLS*, 1993, vol. 20, n. 3, p. 309.

REICH, N., *Schutzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft im Spannungsfeld von Rechtsschutznormen und institutioneller Integration*, Hannover, 1988.

REICH, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, in *CMLR*, 1992, p. 861.

REICH, N., *The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *CMLR*, 1994, p. 459.

REICH, N., *Judge-made "Europe à la carte": Some Remarks on Recent Conflicts Between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation*, in *EJIL*, 1996, p. 103.

RHODES, M., *"Subversive Liberalism": Market Integration, Globalisation and the European Welfare State*, *EUI Working Paper RSC*, n. 95/10 (anche in *JEPP*, 1995, p. 384).

RHODES, M., *Defending the Social Contract: The EU between Global Constraints and Domestic Imperatives*, in D. HINE, H. KASSIM (a cura di), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London e New York, 1998, p. 36.

RHODES, M., VAN APELDOORN, B., *The Transformation of European Capitalism?*, *EUI Working Papers, RSC*, 97/60.

RICCI, G., *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre II*, in *DRI*, 1998, n. 2, p. 145.

RIDOLA, P., *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, p. 323.

RIEGER, E., *Protective Shelter or Straitjacket: An Institutional Analysis of the Common Agricultural Policy in the European Union*, in S. LEIBFRIED, P. PIERSON (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D. C., 1995, p. 194.

RIEGER, E., LEIBFRIED, S., *Welfare State Limits to Globalization*, in *PS*, 1998, vol. 26, n. 3, p. 363.

RITTER, G. A., *Storia dello Stato sociale*, trad. it., Roma e Bari, 1996 (con un capitolo finale sull'Italia di L. Gaeta e A. Visconti e prefazione di P. Pombeni).

RIVA SANSEVERINO, L., *Commento all'articolo 68*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1970, p. 959.

RIVA SANSEVERINO, L., *Commento all'articolo 69*, in *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio. Commentario* diretto da R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, II, Padova, 1970, p. 965.

ROBIN-OLIVIER, S., *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, in *DS*, 1999, p. 609.

ROCCELLA, M., *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di Giustizia*, in *DLRI*, 1993, p. 1.

ROCCELLA, M., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997.

ROCCELLA, M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, p. 24.

ROCCELLA, M., *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*, in *RGL*, 1998, II, p. 29.

ROCCELLA, M., *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *LD*, 2001, p. 329.

ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 1995.

RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, 1998.

RODOTÀ, S., *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *RGL*, 2000, I, p. 765.

RODOTÀ, S., *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 57.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Il dialogo tra la Corte di giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, in LD, 1998, p. 445.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M., CASAS, E., *In Support for a European Social Constitution*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 23.

ROMAGNOLI, U., *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in LD, 1999, p. 209.

ROMERO, F., *Emigrazione e integrazione europea 1945-1973*, Roma, 1991.

RÖPKE, W., *International Order and Economic Integration*, Dordrecht, 1959.

ROSAMOND, B., *Theories of European Integration*, Houndmills, Basingstoke, e New York, 2000.

ROSS, G., MARTIN, A., *European Integration and the Europeanization of Labor*, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones – Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Working Paper n. 1998/126.

ROSS, M., *Article 16 E. C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?*, in ELR, 2000, p. 22.

ROSSI, G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in QP, 1996, p. 3.

ROSSI, G., *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in DP, 1997, p. 289.

RUGGERI, A., *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in DPCE, 2001, II, p. 544.

RUGGIE, J. G., *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in IO, 1982, vol. 36, n. 2, p. 379.

RUGGIE, J. G., *Trade, Protectionism and the Future of Welfare Capitalism*, in JIA, 1994, vol. 48, n. 1, p. 1.

RUGGIE, J. G., *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, MPIfG Working Paper 97/1.

RUNGGALDIER, U., *Diritto del lavoro e diritti fondamentali: Austria*, in LD, 2000, p. 621.

RYAN, B., *Pay, Trade Union Rights and European Community Law*, in *IJCLIR*, 1997, p. 305.

SAND, I.-J., *Understanding the New Forms of Governance: Mutually Interdependent, Reflexive, Destabilised and Competing Institutions*, in *ELJ*, 1997, p. 313.

SANDHOLTZ, W., *Choosing Union: Monetary Politics and Maastricht*, in *IO*, 1993, vol. 47, p. 1.

SANDHOLTZ, W., STONE SWEET, A., a cura di, *European Integration and Supranational Governance*, Oxford, 1998.

SANTANIELLO, R., *Il mercato unico europeo*, Bologna, 1998.

SAPIR, A., *Trade Liberalization and the Harmonization of Social Policies: Lessons from European Integration*, in J. BHAGWATI, R. E. HUDE (a cura di), *Fair Trade and Harmonization. Prerequisite for Free Trade?*, vol. I, *Economic Analysis*, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 543.

SAUTER, W., *The Economic Constitution of the European Union*, in *CJEL*, 1998, n. 4, p. 27.

SCACCIA, G., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *GCost.*, 1998, p. 3953.

SCHARPF, F. W., *The Joint Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration*, in *PA*, 1988, p. 239.

SCHARPF, F. W., *Negative and Positive Integration in the Political Economy of the European Welfare States*, *Jean Monnet Chair Papers*, RSC, n. 28 del 1995 (anche in G. MARKS et al., *Governance in the European Union*, London, 1996, p. 15).

SCHARPF, F. W., *Economic Integration, Democracy and the Welfare State*, in *JEPP*, 1997, p. 18.

SCHARPF, F. W., *Introduction: The Problem-Solving Capacity of Multi-Level Governance*, in *JEPP*, 1997, p. 520.

SCHARPF, F. W., *Balancing Positive and Negative Integration: the Regulatory Options for Europe*, *Policy Papers*, RSC, n. 97/4.

SCHARPF, F. W., *Integrazione negativa e integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *SM*, 1998, p. 21.

SCHARPF, F. W., *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche dell'Unione europea*, trad. it., Bologna, 1999.

SCHARPF, F. W., *The Viability of Advanced Welfare States in the International Economy: Vulnerabilities and Options*, in JEPP, 2000, p. 190.

SCHARPF, F. W., *Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe*, MPIfG Discussion Paper, 00/5.

SCHARPF, F. W., SCHMIDT, V. A., a cura di, *Welfare and Work in the Open Economy*, Oxford, 2000 (in due volumi).

SCHMID, C. U., *From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts Between the European Union and the Member States Through Principles of Public International Law*, EUI Working Papers, Law, n. 98/7.

SCHMID, C. U., *All Bark No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's "Banana Decision"*, in ELJ, 2001, p. 95.

SCHMID, C. U., *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, in MJ, 2001, p. 277.

SCHMITT, C., *La tirannia dei valori*, in RDP, 1970, p. 1.

SCHMITTER, P. C., *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, trad. it., Bologna, 2000.

SCHULTE, B., *The Welfare State and European Integration*, in EJSS, 1999, n. 1, p. 7.

SCIARRA, S., *Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne*, in DL, 1995, I, p. 153.

SCIARRA, S., *European Social Policies and Labour Law – Challenges and Perspectives*, in CCAEL, 1995, vol. IV, 1, p. 301.

SCIARRA, S., *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell'Unione europea*, EUI Working Papers, Law, n. 96/1.

SCIARRA, S., *Diritti sociali fondamentali*, in A. BAYLOS GRAU et al. (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, p. 71.

SCIARRA, S., *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 189.

SCIARRA, S., *How Global is Labour Law? The Perspective of Social Rights in the European Union*, EUI Working Papers, Law, n. 96/6.

SCIARRA, S., *Labour Law – A Bridge between Public Services and Citizenship Rights*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998, p. 173.

SCIARRA, S., *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, *EUI Working Papers Law*, n. 98/9 (anche in ALSTON, P., a cura di, *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 473).

SCIARRA, S., *The Employment Title in the Amsterdam Treaty: A Multi-Language Legal Discourse*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 157.

SCIARRA, S., *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *ADL*, 1999, n. 2, p. 369.

SCIARRA, S., *Diritto del lavoro e regole della concorrenza: alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *DML*, 2000, n. 3, p. 586.

SCIARRA, S., a cura di, *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001.

SCIARRA, S., *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, in EAD. (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001, p. 1.

SCIARRA, S., *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in EAD. (a cura di), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford e Portland, 2001, p. 241.

SCIARRA, S., *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, n. 2, p. 391.

SCIARRA, S., *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, *EUI Working Papers, Law* n. 2002/3.

SCODITTI, E., *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, con un saggio di G. Palombella, Bari, 2001.

SCOTT, C., *Services of General Interest in E. C. Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, in *ELJ*, 2000, p. 310.

SCUDIERO, L., *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *FI*, 1994, IV, col. 113.

SECCHI, C., *Verso l'Euro. L'Unione Economica e Monetaria motore dell'Europa unita*, Venezia, 1998.

SHAW, J., *Nota in ELR*, 1991, p. 501.

SIEBERT, H., *Labor Market Rigidities and Unemployment in Europe*, *EUI Working Papers*, RSC, n. 97/28.

SIEBERT, H., KOOP, M. J., *Institutional Competition Versus Centralization: Quo Vadis Europe?*, in *OREP*, 1993, vol. 9, n. 1, p. 15.

SILVESTRI, G., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999. La costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, 2000, p. 149.

SIMITIS, S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1986, p. 215.

SIMITIS, S., *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro?*, in *DLRI*, 1994, p. 639.

SIMITIS, S., *Dismantling or Strengthening Labour Law: The Case of the European Court of Justice*, in *ELJ*, 1996, p. 156.

SIMITIS, S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *DLRI*, 1997, p. 609.

SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., *Community Labour Law: A Critical Introduction to Its History*, in P. DAVIES et al. (a cura di), *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 1.

SIMON, D., *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo I, *Introductions et approche sectorielle. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, p. 65.

SINN, H. W., *European Integration and the Future of the Welfare State*, *CEPR Discussion Paper* n. 1871/1998.

SINN, S., *Taming the Leviathan: Competition Among Governments*, in *CPE*, 1992, vol. 3, n. 2, p. 177.

SLAUGHTER, A. M., STONE SWEET, A., WEILER, J. H. H., a cura di, *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998.

SLOT, J. P., *Nota in CMLR*, 1991, p. 965.

SNYDER, F., *New Directions in European Community Law*, London, 1990.

SNYDER, F., *EMU – Metaphor for European Union? Institutions, Rules and Types of Regulation*, in R. DEHOUSSE (a cura di), *Europe After Maastricht. An Ever Closer Union?*, München, 1994, p. 63.

SNYDER, F., *EMU Revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are We Making?*, *EUI Working Papers, Law*, 98/6.

SØNSTELI JOHANSEN, A., *Competition Law and Collective Agreements – the Municipal Pension Scheme Presented for the EFTA Court*, in *IJCLIR*, 2001, n. 1, p. 93.

SORRENTINO, F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996.

SPADAFORA, A., *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *GC*, 1990, II, p. 283.

STEIN, E., *Giuristi, giudici e la creazione di una costituzione transnazionale*, in ID., *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, trad. it., Milano, 1991.

STONE SWEET, A., *Constitutional Dialogues in the European Community*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, p. 305.

STRÅTH, B., *The Concept of Work in the Construction of Community*, in ID. (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000, p. 11.

STRÅTH, B., WAGNER, P., *After Full Employment: Theoretical and Political Implications*, in B. STRÅTH (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000, p. 261.

STREECK, W., *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *SM*, 1990, p. 29.

STREECK, W., *From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in S. LEIBFRIED, P. PIERSON (a cura di), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington, D.C., 1995, p. 389.

STREECK, W., *Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime?*, in G. MARKS et al., *Governance in the European Union*, London, 1996, p. 64 (anche in *ELJ*, 1995, p. 31).

STREECK, W., *Public Power Beyond the State: The Case of the EC*, in R. BOYER, D. DRACHE (a cura di), *States Against Markets. The Limits of Globalisation*, London, 1996, p. 299.

STEECK, W., a cura di, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie. Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., New York, 1998.

STREECK, W., *Rethinking the "European Social Model"*, in *Mitbestimmung*, 1999, p. 6.

STREECK, W., *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *SM*, 2000, p. 3.

STREIT, E., MUSSLER, W., *The Economic Constitution of the European Community: From "Rome" to "Maastricht"*, in *ELJ*, 1995, p. 5.

SUDRE, F., *Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RUDH*, 2000, n. 1-2, p. 28.

SUN, J.-M., PELKMANS, J., *Regulatory Competition in the Single Market*, in *JCMS*, 1995, p. 67.

SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, Paris, 1994.

SUPIOT, A., sotto la direzione di, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Paris, 1999.

TEAGUE, P., *Deliberative Governance and EU Social Policy*, in *EJIR*, 2001, p. 7.

TELÒ, M., *L'Europa attore internazionale: potenza civile e nuovo multilateralismo*, in *EE*, 1999, n. 5, p. 37.

TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Padova, 1995.

TESAURO, G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, n. 3, p. 719.

TEUBNER, G., *Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in ID. (a cura di), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis of the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin - New York, 1987, p. 3.

THERBORN, G., *Il futuro dell'Europa: la Scandinavia nel mondo?*, in *EE*, 1999, n. 5, p. 93.

THOMAS, J.-P., *Le politiche economiche nel Novecento*, trad. it., Bologna, 1994.

THOMPSON, G., *Governing the European Economy: A Framework for Analysis*, in ID. (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 1.

THOMPSON, G., *Governing the European Economy: Reviewing the Issues*, in ID. (a cura di), *Governing the European Economy*, London, 2001, p. 303.

TIMBERGEN, J., *International Economic Integration*, Amsterdam, London, New York, 1965.

TIZZANO, A., *Le dimensioni internazionali della concorrenza e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in I. MUSU, N. LIPARI (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, p. 89.

TONDL, G., *Fiscal Federalism and the Reality of European Union Budget*, in C. CROUCH (a cura di), *After the Euro. Shaping Institutions for Governance in the Wake of European Monetary Union*, Oxford, 2000, p. 227.

TOMUSCHAT, C., *Europe. A Common Constitutional Space*, in *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, The Hague, 1992, p. 133.

TRABUCCHI, A., *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *RDC*, 1993, I, p. 174.

TRAINA, D. M., *La libertà di circolazione dei lavoratori comunitari*, Milano, 1990.

TRAVERSA, E., *The Consequences of European Monetary Union on Collective Bargaining and National Social Security Systems*, in *IJCLLR*, 2000, n. 1, p. 47.

TREU, T., *The Role of a European Social Policy*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honour of Roger Blanpain*, The Hague – London – Boston, 1998, p. 439.

TREU, T., *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, n. 3, p. 468.

TREU, T., *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, p. 429.

TRANTAFYLLOU, D., *Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics*, in *RTDE*, 1996, p. 57.

TSOUKALIS, L., *La nuova economia europea*, trad. it., Bologna, 1998.

TSOUKALIS, L., *The European Agenda: Issues of Globalization Equity and Legitimacy*, *Jean Monnet Chair Papers*, RSC, n. 49 del 1998.

TRUBEK, D. M., MOSHER, J. S., *New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model*, Jean Monnet Working Paper, New York University Law School, 15/01.

UNDERHILL, G. R. D., *Conceptualizing the Changing Global Order*, in R. STUBBS, G. R. D. UNDERHILL (a cura di), *Political Economy and the Changing Global Order*, London, 1994, p. 17.

VALTICOS, N., VON POTOBsky, G., *International Labour Law*, Deventer – Boston, 1995.

VAN DEN BERG, R. J., CAMESASCA, P. D., *Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wraht of Antitrust*, in *ELR*, 2000, p. 492.

VAN DER MEI, A. P., *Cross-Border Access to Medical Care Within the European Union – Some Reflections on the Judgements in Decker and Kohll*, in *MJ*, 1998, p. 277.

VANHERCKE, B., *Protection Sociale et Union économique et monétaire*, in *RBSS*, 1999, n. 1, p. 5.

VECA, S., *Una filosofia pubblica*, Milano, 1986.

VECA, S., *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 1990.

VENEZIANI, B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 2000, I, p. 779.

VERNON, R., a cura di, *L'intervento pubblico nell'industria: un'analisi comparata*, trad. it., Bologna, 1976.

VERRUCOLI, P., a cura di, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977.

VISSER, J., *Bargaining in Euros – What Should Unions Do?*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honuor of Roger Blanpain*, The Hague – London – Boston, 1998, p. 461.

VITORINO, A., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *RDUE*, 2000, n. 3, p. 499.

VOGEL-POLSKY, E., *Les compétences sociales de l'Union européenne: protection sociale et sécurité sociale*, in *RBSS*, 1994, p. 1135.

VOUSDEN, S., *Albany, Market Law and Social Exclusion*, in *ILJ*, 2000, p. 181.

VUILLERMOZ, R., *Gli interventi per l'occupazione nella disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato*, in *DCSI*, 2000, n. 2, p. 343.

WACHSMANN, A., BERROD, F., *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *RTDE*, 1994, p. 39.

WAELEBROECK, D., *Les conditions d'applicabilité de l'article 90 paragraphe 2 du Traité CE*, in R. KOVAR, D. SIMON (a cura di), *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, Tomo II, *Approche transversale et conclusions. Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996*, Paris, 1998, p. 447.

WALLACE, H., *Piecing the Integration Jigsaw Together*, in *JEPP*, 1999, p. 155.

WATHELET, M., *La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *CDE*, 2000, nn. 5-6, p. 585.

WEATHERILL, S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, in *CMLR*, 1996, p. 885.

WEDDERBURN (LORD), B., *European Community Law and Workers' Rights after 1992: Fact or Fake?*, in ID., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1995, p. 247.

WEDDERBURN (LORD), B., *Freedom and Frontiers of Labour Law*, in ID., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1995, p. 350.

WEILER, J. H. H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

WEILER, J. H. H., *Eurocracy and Distrust. Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *WLR*, 1986, p. 1103.

WEILER, J. H. H., *The Transformation of Europe*, in *YLJ*, 1991, vol. 100, p. 2403.

WEILER, J. H. H., *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *CPS*, 1994, p. 510.

WEILER, J. H. H., *The State "über Alles". Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, *EUI Working Papers*, RSC, n. 95/19.

WEILER, J. H. H., *European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order*, in *PStud.*, 1996, p. 517.

WEILER, J. H. H., *Europe: The Case Against the Case for Statehood*, in *ELJ*, 1998, p. 43.

WEILER, J. H. H., *Epilogue. The European Court of Justice: Beyond "Beyond Doctrine" or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism*, in A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, 1998, p. 365.

WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999.

WEILER, J. H. H., *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EC Law*, Oxford, 1999, p. 349.

WEILER, J. H. H., *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *QC*, 2000, p. 5.

WEILER, J. H. H., LOCKHART, N. J. S., *"Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, in *CMLR*, 1995, p. 62.

WEISS, M., *The Future Role of the European Union in Social Policy*, in C. ENGELS, M. WEISS (a cura di), *Labour Law at the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honour of Roger Blanpain*, The Hague – London – Boston, 1998, p. 489.

WINTERSTEIN, A., *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *ECLR*, 1999, p. 324.

WOOLCOCK, S., *Competition Among Rules in the Single European Market*, in W. BRATTON et al. (a cura di), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford, 1996, p. 289.

WOUTERS, J., *Institutional and Constitutional Challenges for the European Union – Some Reflections in the Light of the Treaty of Nice*, in *ELR*, 2001, p. 342.

WOUTERS, J., VAN HEES, B., *Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État*, in *RMUE*, 1999, n. 2, p. 35.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

ZILIO GRANDI, G., *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Torino, 1998.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., *The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law*, in *CMLR*, 2000, p. 591.

10

10

10

10

10

1. The first part of the document is a list of the names of the persons who have been appointed to the various offices of the County of Los Angeles, California, for the year 1900.

2.

